



TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

CONSTITUCIONALES,
REGIONALES Y SUPRANACIONALES

Tomo I

Giovanni A. Figueroa Mejía
Coordinador



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
E010
T566t

Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales / coordinador Giovanni A. Figueroa Mejía ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; nota introductoria Giovanni A. Figueroa Mejía. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (2 tomos : ilustraciones, tablas ; 23 cm.)

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: t.1. Clasificación de los sistemas de justicia constitucional / Lucio Pegoraro -- Objeto y método de la interpretación constitucional / Raúl Canosa Usera -- Teoría de las sentencias constitucionales / Osvaldo A. Gozálvi -- Las sentencias constitucionales y su análisis bajo la perspectiva del derecho internacional / Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor -- Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de la Nación Argentina / Néstor Pedro Sagües, María Sofía Sagües -- Las sentencias de inconstitucionalidad en Bolivia y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional / Alan E. Vargas Lima -- Las sentencias constitucionales del Supremo Tribunal Federal de Brasil / André Ramos Tavares -- Tipologías y efectos de las decisiones de la Corte Suprema de Canadá / Sergio Gerotto -- Las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile / Gonzalo Aguilar Cavallo -- Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia / Eduardo Andrés Velandía Canosa, Edgar Fabián Garzón Buenaventura -- La tipología de las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en el control de constitucionalidad / Haideer Miranda Bonilla -- Sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador / Wendy Molina Andrade -- Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América / J. Francisco Castellanos Madrazo -- Las sentencias constitucionales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala / Carlos Arturo Villagrán Sandoval -- Las sentencias constitucionales de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras / Rafael Andree Salgado Mejía -- Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México / Giovanni A. Figueroa Mejía -- La jurisdicción constitucional y sus aportes en Nicaragua / Iván Escobar Fornos -- Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú / Domingo García Belaunde, Gerardo Eto Cruz -- Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana / Hermógenes Acosta de los Santos -- Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay / Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio -- Las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela : especial referencia a las sentencias normativas / Daniela Urosa Maggi -- t.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht) : tipos y efectos / Elisa Bertolini -- Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco / Anna Gamper -- Las sentencias de la Corte Constitucional de Eslovenia / Arne Mavčič -- Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de España / Francisco Javier Díaz Revorio -- Las decisiones constitucionales del Consejo Constitucional francés / Guillaume Tusseau -- Los efectos temporales de la inconstitucionalidad : un camino de derecho comparado : especial análisis del sistema italiano / Matteo Nicolini, Enrico Andreoli -- Tipología de sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de control constitucional en Polonia / Anna Labno, Poweł Króliczek -- Las sentencias del Tribunal Supremo Federal de Suiza / Héctor López Boffill -- Tipología y efectos de las sentencias constitucionales del Tribunal Supremo de Israel / Sizie Navot, Guy Lurie -- Los límites constitucionales de la toma de decisiones en la Suprema Corte de Filipinas / Dante Gatmaytan -- Las sentencias constitucionales en la Corea del Sur / Rodrigo González Quintero, Camilo Guzmán Gómez, Andrés Sarmiento Lamus -- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Ignacio García Vitoria -- Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : clasificaciones desde el léxico de la comparación jurídica / Edgar S. Caballero González -- El impacto de las sentencias europeas e interamericanas : valor de precedente e interpretación vinculante / Javier García Roca, Humberto Nogueira Alcalá -- ¿El tribunal de los tribunales? : los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su rol "constitucional" / Eloisa Denia Cosimo -- Las sentencias de la Corte de Justicia del Caribe / Rocio Guadalupe Quiñones Andrade

ISBN 978-607-552-373-6 (Obra completa)

ISBN 978-607-552-374-3 (Tomo I)

1. Justicia constitucional -- Sentencias -- Análisis -- Derecho comparado 2. Tribunal constitucional -- Decisiones judiciales 3. Organizaciones internacionales regionales -- Disposiciones regionales 4. Interpretación constitucional 5. Control constitucional 6. Jurisdicción constitucional 7. Inconstitucionalidad 8. Límites constitucionales 9. Jurisdicción constitucional transnacional 10. Sistemas regionales de protección de Derechos humanos 11. Sistema universal de protección de Derechos humanos
LC K3165

Primera edición: noviembre de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva del coordinador de la obra y los autores y no representa en forma alguna opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El contenido de la obra es responsabilidad exclusiva del coordinador de la misma, por lo que libera a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de cualquier responsabilidad.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistemización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES, REGIONALES Y SUPRANACIONALES

Tomo I



Giovanni A. Figueroa Mejía*
Coordinador



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

* Doctor en Derecho Constitucional, con Mención Europea, por la Universidad Complutense de Madrid, con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Profesor investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. El Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt lo reconoce como Investigador nacional Nivel II.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

*A los fundadores del Derecho procesal constitucional
y a quienes en las últimas décadas
han contribuido a su desarrollo y consolidación.*

*Especialmente a don Héctor Fix-Zamudio,
pilar indiscutible de esta disciplina.*

Contenido

Presentación	XI
---------------------------	-----------

Arturo Zaldívar

Nota introductoria.....	XVII
--------------------------------	-------------

Giovanni A. Figueroa Mejía

TOMO I

ESTUDIOS PRELIMINARES

1. Clasificación de los sistemas de justicia constitucional.....	3
---	----------

Lucio Pegoraro

2. Objeto y método de la interpretación constitucional	55
---	-----------

Raúl Canosa Usera

3. Teoría de las sentencias constitucionales	111
---	------------

Oswaldo A. Gozaíni

**4. Las sentencias constitucionales y su análisis
bajo la perspectiva del derecho internacional 139**

Héctor Fix-Zamudio
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

AMÉRICA

**5. Tipología y efectos de las sentencias constitucionales
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina..... 183**

Néstor Pedro Sagüés
María Sofía Sagüés

**6. Las sentencias de inconstitucionalidad en Bolivia
y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del
Tribunal Constitucional Plurinacional 229**

Alan E. Vargas Lima

**7. Las sentencias constitucionales del
Supremo Tribunal Federal de Brasil 297**

André Ramos Tavares

**8. Tipologías y efectos de las decisiones de
la Corte Suprema de Canadá..... 339**

Sergio Gerotto

9. Las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile 379

Gonzalo Aguilar Cavallo

**10. Tipologías de las sentencias
constitucionales en Colombia 411**

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Edgar Fabián Garzón Buenaventura

**11. La tipología de sentencias de la Sala Constitucional
de Costa Rica en el control de constitucionalidad 457**

Haideer Miranda Bonilla

12. Sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador	523
Wendy Molina Andrade	
13. Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América	555
J. Francisco Castellanos Madrazo	
14. Las sentencias constitucionales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala	629
Carlos Arturo Villagrán Sandoval	
15. Las sentencias constitucionales de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras	665
Rafael Andree Salgado Mejía	
16. Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México	717
Giovanni A. Figueroa Mejía	
17. La jurisdicción constitucional y sus aportes en Nicaragua.....	807
Iván Escobar Fornos	
18. Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú	859
Domingo García Belaunde	
Gerardo Eto Cruz	
19. Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.....	963
Hermógenes Acosta de los Santos	

**20. Las sentencias constitucionales de la
Suprema Corte de Justicia de Uruguay 999**

Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio

**21. Las sentencias de la Sala Constitucional
del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.
Especial referencia a las sentencias normativas 1031**

Daniela Urosa Maggi

Presentación

Durante el siglo XX el escenario constitucional experimentó una serie de importantes desarrollos que marcaron el rumbo de su actual desenvolvimiento. A lo largo de este periodo, la comunidad internacional hizo frente a guerras y conflictos que reconfiguraron la cartografía política mundial, pero también se enfrentó a otros procesos de gran relevancia como la independencia de antiguos territorios que permanecían colonizados, la integración económica y política de diversos países, el surgimiento y la expansión de los derechos humanos y el crecimiento constante de órganos políticos y de mecanismos de justicia internacional. Todos estos fenómenos dieron forma a los bordes contemporáneos del derecho constitucional y ejercieron una influencia notable no sólo en la vigencia de los modelos constitucionales existentes, sino también en la configuración de renovados diseños de arquitectura constitucional orientados, en algunas ocasiones, a preservar los ideales democráticos y de justicia.

De esta manera, aunque las constituciones suelen ser entendidas como aquellos documentos fundacionales de la vida política e institucional de un Estado, lo cierto es que la articulación de todos estos fenómenos trajo

consgo la necesidad de entender a las constituciones ya no como documentos autónomos e inmunes a cualquier influencia externa. Por el contrario, la evolución anteriormente descrita marcó la pauta para concebir a estos textos como documentos constitutivos pero articulados entre sí. A la luz de este nuevo entendimiento, el derecho comparado comenzó a adquirir una relevancia central en el estudio de las constituciones de modo que, para poder entender la Constitución de un país particular, no bastaba con entender y analizar su propio contenido, sino también resultaba necesario identificar las posibles relaciones, influencias y contradicciones con otros textos normativos de la misma naturaleza.

En una etapa posterior, el desenvolvimiento del derecho constitucional comparado comenzó a ampliar sus alcances para abordar, ya no sólo el diseño de los textos constitucionales, sino más importante aún su operación y funcionamiento en los distintos entornos y contextos nacionales. Este nuevo enfoque contribuyó de manera importante a que las constituciones pasaran de ser meros documentos políticos para convertirse en auténticos textos jurídicos capaces de plantar cara a los retos y problemas más relevantes para la vida nacional de los Estados; muchos de los cuales eran coincidentes en otras latitudes y sociedades. En este proceso de vitalización constitucional, la función jurisdiccional —particularmente aquella de naturaleza constitucional— jugó un papel central. Las cortes y tribunales surgieron como las instituciones a cargo de la operativización de los textos constitucionales a través de la interpretación y argumentación plasmadas en sus decisiones. La doctrina y la literatura jurídica especializada en el funcionamiento de las cortes y tribunales constitucionales adquirió también un desarrollo acelerado.

Hoy por hoy, la intención de comprender la Constitución implica, necesariamente, adentrarse a los resquicios de su entendimiento. Ello supone, por tanto, involucrarse con la aproximación que de ella hacen las autoridades judiciales encargadas de su salvaguarda e interpretación. Esta labor no es precisamente sencilla, sino que guarda importantes retos que complican su consecución. Suele decirse, por ejemplo, que las y los jueces

constitucionales hablan a través de sus sentencias, y que a través de ellas resuelven problemas y definen los contornos de la vida jurídica de los Estados. Sin embargo, hoy en día es posible apreciar que, aunque la mayor parte de las cortes constitucionales intentan ejercer funciones similares, el modo particular en que las realizan suele ser diverso. No todos los tribunales constitucionales poseen las mismas facultades; sus decisiones no siempre tienen los mismos alcances y las metodologías empleadas suelen responder a desarrollos teóricos y jurisprudenciales diversos.

Así, en el marco de los estudios de derecho comparado, si bien acudir al análisis y estudio de sentencias y precedentes extranjeros para analizar fenómenos locales puede constituir una herramienta importante al alcance de las y los operadores de justicia, lo cierto es que su consulta e implementación debe realizarse con suficiente destreza y responsabilidad. Quien acude al auxilio de este tipo de análisis debe tomar en consideración no únicamente el sentido del fallo ni la similitud de los fenómenos bajo examen, sino más importante aún, las diferencias y contrastes tanto en el diseño institucional y normativo de los tribunales, como de los recursos, vías y procedimientos por medio de los que adoptan dichas decisiones. Comprender tales aspectos resulta crucial para garantizar un fallo sólido y adaptado a las condiciones y circunstancias particulares del sistema legal en el que se pretenden implementar y, por tanto, a incrementar la legitimidad de los tribunales quienes, entonces, resolverán con una perspectiva argumentativa sólida y articulada y no sólo a través de declaraciones de buena voluntad que, a la postre, terminen generando muchas expectativas, pero pocas consecuencias materiales.

Es por estas razones que una obra como esta constituye un aporte fundamental para el desarrollo del estudio comparado de las constituciones, pero también de las decisiones que les dan forma y estructura. Uno de sus principales aportes consiste en incorporar en una sola obra un panorama orgánico y funcional de los modelos de justicia constitucional alrededor del mundo de una manera detallada, pero a la vez accesible. Además, a través de los textos que integran la obra, las y los lectores podrán

hacer un recorrido por jurisdicciones poco exploradas en nuestra cultura jurídica y constitucional con el objetivo de identificar las posibilidades y los obstáculos que subyacen en la implementación de la labor de naturaleza comparativa.

A lo largo de su estructura, la obra bosqueja un panorama sobre el desarrollo constitucional sostenido en cuatro continentes a lo largo de los últimos años. Cada uno de los artículos recorre la historia y el desenvolvimiento de las trayectorias constitucionales, y destaca las fortalezas adquiridas, pero también las deficiencias que suelen limitar el alcance de las decisiones judiciales que deben ser atendidas para fortalecer los modelos de impartición de justicia. De la lectura integral de los textos, las y los lectores podrán identificar la existencia de un lenguaje constitucional común que subyace a la función de las cortes constitucionales en un contexto global complejo pero orientado hacia la defensa de las instituciones democráticas que han inspirado la lucha constitucional alrededor del mundo.

De esta forma, la pertinencia de una obra como esta, parte de ofrecer al lector no solo una inmersión a la mera composición y facultades que corresponden a los diferentes tribunales constitucionales, sino que responde de manera esencial a las interrogantes de qué es lo que deciden, cómo lo deciden, y por qué es relevante que lo decidan así. La comprensión integral de las respuestas a dichas preguntas debe realizarse, en todo momento, a partir de los contextos específicos de cada una de las jurisdicciones incorporadas en este volumen. Luego entonces, serán esas razones las que, desde un punto de vista comparativo, permitan a quien se aproxime a este libro, entretejer los valores comunes que persigue, o debería perseguir, toda decisión que emana de un tribunal constitucional, es decir: la de construir un Estado constitucional democrático, basado en el respeto irrestricto a los derechos y libertades de todas las personas.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota introductoria

El presente libro es el resultado de un amplio proyecto de investigación que inició en 2021 bajo el título *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*. A él convoqué a investigadores de cuarenta y cuatro Universidades y Tribunales Constitucionales de veinticuatro países para analizar la clasificación, la tipología, las características, el funcionamiento y los efectos de las sentencias de Tribunales Constitucionales de América, Europa y Asia, de Cortes Regionales en materia de Derechos Humanos, así como de Cortes de Justicia supranacionales.

Con posterioridad, también se convocó a otros académicos para desarrollar estudios preliminares relacionados con la teoría del control constitucional y que, en su conjunto, sirven de base para el análisis de las sentencias constitucionales. Estos capítulos están incorporados en la primera parte de la obra. Uno de ellos se dedica a las concepciones más relevantes de los sistemas de justicia constitucional y a la identificación de los elementos determinantes más significativos y recurrentes en el análisis comparativo. En otro capítulo se analiza el objeto y método de la interpretación constitucional, cuyos presupuestos son imprescindibles

en la labor que realizan los intérpretes supremos de la Constitución, sobre todo si éstos no desean caer en los riesgos de una inadecuada interpretación jurídica, en general, y constitucional, en particular. También, se incluye una teoría general de las sentencias constitucionales para identificar cuándo se está en presencia de una decisión de este tipo. Y se analizan las sentencias constitucionales desde el ámbito del Derecho constitucional, de la ciencia del Derecho procesal y del Derecho internacional, pues la influencia de este último cada vez es más fuerte en las Constituciones nacionales.

La mayor parte del libro se enfoca en el estudio de las sentencias constitucionales (apartados Segundo, Tercero y Cuarto), y la lectura de la primera parte de los capítulos permite apreciar que en ellos están presentes, explícita o implícitamente, los esquemas clasificatorios que se suelen centrar en la distinción entre control difuso, control concentrado o híbrido; en la naturaleza política o jurisdiccional del control o en una combinación de ambas; en la integración de los Tribunales (impar o par), y en el carácter concreto o abstracto del control.

De igual forma, en la fase temporal del control constitucional (preventiva o sucesiva); en la jurisdicción territorial (nacional o internacional); en el origen judicial o no del órgano (si el Tribunal se encuentra dentro o fuera del Poder Judicial); en la modalidad de acceso a los Tribunales (recurso o incidente), así como en la calidad de los actores y demandados (partidos políticos, minorías parlamentarias, ciudadanos, jueces).

Para fines clasificatorios, también se tienen en cuenta el bien tutelado y las funciones ejercitadas (derechos, libertades, ley, competencias de los órganos y entes territoriales, control de las elecciones y de los referéndum, entre otros); el parámetro de control (Constitución, tratados y leyes) y el objeto de control (leyes, actos, omisiones, leyes de revisión constitucional, reglamentos parlamentarios).

Ahora bien, los diversos Tribunales Constitucionales considerados —con independencia del nombre que se les adscriba en cada país: Corte Constitucional, Sala Constitucional, Suprema Corte, Corte Suprema,

Consejo Constitucional, Supremo Tribunal, Tribunal Supremo—, emiten sentencias que utilizan la rígida alternativa estimación/desestimación de inconstitucionalidad, pero también, a fin de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico, cada uno de estos órganos recurre a una rica y profusa tipología de pronunciamientos con efectos y alcances especiales.

Desde esta perspectiva, se estudian las sentencias constitucionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia y Costa Rica; Ecuador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Perú; República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Alemania, Austria, Eslovenia y España, así como Francia, Polonia, Suiza, Israel, Filipinas y Surcorea.

La revisión del arsenal sentenciador de los veintisiete Tribunales Constitucionales de América, Europa y Asia de referencia, pone de manifiesto que no siempre es fácil identificar el *ídem sentire* de cada tipología de sentencia, pues dichos órganos jurisdiccionales y la propia doctrina científica suelen incluir elementos (en parte análogos, en parte diversos) que se consideran esenciales para delimitar el contenido de cada uno de los pronunciamientos.

También debe subrayarse que el estudio comparativo de las sentencias constitucionales refleja una falta de unidad en la terminología, pues es recurrente que se utilice una incesante variedad de denominaciones para referirse a supuestos pertenecientes a un mismo fenómeno tipológico; otras veces, por el contrario, un mismo término se adopta para aludir a sentencias de diversa índole.

Conscientes de la relatividad de cada una de las clasificaciones y tipologías propuestas,¹ es innegable que las sentencias constitucionales,

¹ Esta relatividad en las clasificaciones no tiene por qué ser divisoria, sino que a menudo es combinada mediante la utilización de criterios que dependen de un elemento objetivo representado por el objeto de estudio y de factores subjetivos. Con relación a los factores subjetivos que influyen en los

por una parte, muestran el resultado de una labor interpretativa de los valores y principios constitucionales que determinan el contenido de las leyes y otras actuaciones de los entes públicos; por otra parte tienen una función de integración del Derecho² analizado como consecuencia del "caso constitucional" y poseen una elevada trascendencia política,³ especialmente cuando conllevan un juicio de la obra del legislador democrático.⁴

En el análisis del ejercicio de la función sustantiva de los Tribunales se ha constatado que existen algunas coincidencias respecto a los efectos de las sentencias desestimatorias, en las cuales el objeto de control sigue formando parte del ordenamiento jurídico o tiene plena vigencia debido a que no se encontró en él algún vicio de inconstitucionalidad, o bien porque aun existiendo tal vicio, no se alcanzó en la votación la mayoría simple, calificada o reforzada para emitir una sentencia estimatoria.

En cuanto a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, los efectos son muy variados: vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*. Y no faltan los ejemplos en los cuales se combinan dos o más tipos de efectos, pero se tienen en cuenta ciertos límites.

Entonces, los Tribunales Constitucionales suelen emplear una rica tipología de sentencias *desestimatorias puras y simples*, que declaran la

modelos clasificatorios se ha dicho que el más importante está representado por aquellos elementos que cada jurista asume como esenciales para el particular enfoque que adopta su respectiva clasificación. Cfr. Pegoraro, Lucio, "Clasificaciones y modelos de Justicia Constitucional en la dinámica de los ordenamientos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 135.

² Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 10, núm. 1, 2004, p. 113.

³ Cfr. Garrorena Morales, Ángel., "La sentencia constitucional", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 11, otoño 1981, pp. 7 y 27, quien, desde hace mucho tiempo, se refirió a este infalible carácter político de la sentencia constitucional, pues considera que este tipo de decisiones tienen una intensísima carga política, porque son un acto de poder en dialéctica con los demás poderes del Estado.

⁴ En ese sentido Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 49, señala que la fuerza política de las sentencias de la jurisdicción constitucional puede ser más evidente en función de la materia sobre la que recae el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

conformidad constitucional de la ley o el acto sometido a control; *sentencias estimatorias puras y simples*, que determinan la inconstitucionalidad del precepto o acto; *de inconstitucionalidad parcial respecto al texto*, aquellas que únicamente eliminan algunas partes del artículo; *sentencias de inconstitucionalidad sin invalidez*, con las cuales se declara la inconstitucionalidad del artículo, pero se difiere su eliminación del ordenamiento jurídico para dar oportunidad al legislador de que configure una nueva disposición.

Asimismo, dichos Tribunales emiten sentencias mediante las cuales determinan los significados que son acordes y los contrarios a la Constitución; reducen, amplían o sustituyen el contenido normativo de una o varias disposiciones para que éstas se ajusten a la Constitución; armonizan los contenidos constitucionales y legales; recomiendan al legislador o al Poder Ejecutivo realizar algo para que su labor sea considerada constitucional, entre muchas otras soluciones.

Desde otra perspectiva, se analiza la tipología de las sentencias regionales, en específico las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Adicionalmente, se establecen pautas para comprender el impacto de sus decisiones en los Estados Parte.

Dentro del último apartado del libro, también se estudian las sentencias de las llamadas Cortes supranacionales, órganos a los cuales los Estados les ceden una parte de su soberanía o alguna potestad soberana sobre ciertas materias. Por lo tanto, sus decisiones se encuentran en un nivel jerárquico superior al de las sentencias de los Estados. En este rubro, el análisis se centra en las sentencias de la Corte de Justicia de la Unión Europea y la Corte de Justicia del Caribe, pues se considera que las dos tienen una sede supranacional y constitucional regional.

Para ofrecer el mayor grado de homogeneidad en los capítulos dedicados al análisis de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales,

se compartieron a los autores las preguntas detonantes siguientes: *¿Cuál es la integración del Tribunal Constitucional, regional o supranacional analizado?, ¿cuáles son las principales competencias del Tribunal analizado?, ¿cuáles son los tipos de sentencias que el Tribunal suele emitir?, ¿cuáles son los efectos de las sentencias que emite el Tribunal estudiado?* Cabe señalar que tales interrogantes solo constituyeron sugerencias, pues cada autor tuvo libertad para incorporar algunos ámbitos más que consideraron importantes para el mejor desarrollo de su investigación.

Mi reconocimiento, admiración y gratitud a las cuarenta y seis autoras y autores de los capítulos, quienes son referentes académicos y profesionales dentro y fuera de sus respectivos países. Sus aportaciones en mucho contribuyen al conocimiento de las diversas modalidades sentenciadoras, a los temas prioritarios del control de constitucionalidad y al desarrollo del Derecho Procesal Constitucional.

Agradezco de igual forma a las quince personas que desarrollaron la importante labor de traducir los textos del inglés, francés, italiano, portugués y polaco al español, respetando en todo momento el contenido de los estudios y haciendo un eco impecable del pensamiento de las y los autores.

Quiero también expresar mi agradecimiento a Fátima F. Monreal Castorena, Jorge Alvar Contreras Segura y Gregorio Alejandro Vargas González por su colaboración a fin de integrar los diversos capítulos de este libro.

Un agradecimiento especial a Ana María Ibarra Olguín, Directora General del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, por acoger con beneplácito esta obra y todo el impulso para que estuviera publicada en tiempo, así como a su equipo de colaboradores por el empeño puesto en la edición del libro.

En general, la obra busca determinar la tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales, desde un amplio

criterio de Derecho comparado, así como otros ámbitos de estudio ligados a ellas, con el propósito de conocer las similitudes y diferencias que existen en las diversas experiencias analizadas.

Giovanni A. Figueroa Mejía
*Profesor investigador de tiempo completo
en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México*
17 de octubre de 2022, Roma.

**ESTUDIOS
PRELIMINARES**

1. Clasificación de los sistemas de justicia constitucional*

Lucio Pegoraro**

* Texto revisado por Giovanni A. Figueroa Mejía.

** Catedrático de Derecho Público Comparado y director del Centro de Estudios sobre América Latina en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia. Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo.

SUMARIO: Sección I: El marco metodológico. A. Las propuestas de la doctrina: Dos dicotomías clásicas (político/jurisdiccional y concentrado/difuso) y nuevas clasificaciones. B. Un error metodológico: clasificaciones rígidas. C. Un primer error sustancial: la contraposición entre control político y jurisdiccional. D. Un segundo error sustancial: los Estados Unidos, arquetipo del control concentrado. Sección II: Clasificaciones. A. La naturaleza política o jurisdiccional del control. B. La estructura. C. Las funciones ejercitadas y el bien tutelado. D. La amplitud del parámetro. E. El objeto. F. Los sujetos y la modalidad de acceso. G. La tipología y los efectos de las sentencias. H. Conclusiones.

Sección I: El marco metodológico

A. Las propuestas de la doctrina: dos dicotomías clásicas (político/jurisdiccional y concentrado/difuso) y nuevas clasificaciones

Las claves de lectura de los distintos sistemas de justicia constitucional propuestas por la doctrina comparada respecto de los primeros esquemas clasificatorios de Calamandrei y Cappelletti —que apelan, por una parte, a la distinción entre control político y control jurisdiccional, y, de otra, a la estructura de los Tribunales, a la fase de control, a la eficacia de la decisión—¹ son básicamente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter jurisdiccional del órgano

¹ Véase Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, Cedam, 1950, pp. 5 y ss., y Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968, en especial la p. 49 y ss.; Id., *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984 (también en Id., *Le pouvoir des juges*, París, Puf, 1990), e Id., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford U.P., 1989 y 1991. Un debate sobre la obra de Cappelletti en la parte I

encargado de realizarla y en la fase del control, se ha desarrollado tal teoría clásica de los modelos (jurisdiccionales), progresivamente adaptada e integrada, que sigue usando el mismo criterio para la identificación de los elementos determinantes, identificados con la naturaleza concentrada o difusa del modelo, las modalidades de acceso, la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento.

La naturaleza de las sentencias ocupa entonces un lugar importante en la clasificación de los modelos. Por otra parte, algunos —pocos— han radicalmente invertido y subvertido dicho esquema para la identificación de los elementos determinantes, y han asumido diferentes criterios para construir clases.²

El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano, que está en la base de la primera dicotomía identificada por Calamandrei y Cappelletti, se encuentra también difusamente en otros autores, como en Sagüés,³ en Blanco De Morais⁴ y en muchos estudiosos franceses que se preocupan por evidenciar la progresiva jurisdiccionalización del sistema de aquel país.⁵

del *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 2016, "Processo e Costituzione: l'eredità di Mauro Cappelletti" (al cuidado de Barsotti, V. y Varano, V.), pp. 3 y ss.

² Sobre el papel de la doctrina en las clasificaciones, véase en general Bagni, S., "Ciencia comparada y clasificaciones de los sistemas de justicia constitucional: reflexiones introductorias", en Id. (ed.), *Justicia constitucional comparada*, México, Porrúa/IMDPC, 2014, pp. 3 y ss. Véase también las consideraciones de Fernández Segado, F., "La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional", *ivi*, pp. 61 y ss. Id., *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013.

³ Sagüés, N. P., "El desarrollo del derecho procesal constitucional: logros y obstáculos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 179 y ss.; Id., *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*, Lima, Cec Trib. Const. del Perú, 2008; Id., *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

⁴ Blanco De Morais, C., *Justiça Constitucional*, I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra ed., 2002, pp. 281 y ss.

⁵ Entre otros, Favoreu, L., *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Puf, 1986 y ediciones posteriores, distingue los modelos preventivos de los *a posteriori*; Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, individualiza tres fases de desarrollo de la justicia constitucional, acentúa la yuxtaposición entre procedimientos concretos y abstractos, ejercitados respectivamente por Tribunales ordinarios o especiales; y Rousseau, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 3a. ed., Paris, Montchrestien, 1998 y ediciones posteriores, también clasifica la justicia constitucional desde una

La estructura del órgano, en cada caso, está *siempre* señalada como un elemento esencial de la clasificación, no sólo para distinguir, desde hace tiempo por Calamandrei,⁶ sistemas "políticos" de sistemas "jurisdiccionales", sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y sistemas concentrados, presente en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, Nogueira Alcalá),⁷ aunque no pocos señalan cómo las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, Fernández Segado,⁸ McWhinney⁹ y García Belaunde), cuando propone su «*concepción iberoamericana difuso-concentrada*».¹⁰ Clasificaciones más sofisticadas se apoyan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional o nacional (Sagüés), o federal/estatal.¹¹ Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley induce a algunos autores, como Brewer Carías,¹² a enfatizar como factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo,

perspectiva temporal, al anclarse en las categorías tradicionales, y subraya la diferencia entre control *a priori* y *a posteriori*.

⁶ Calamandrei, P., *op. cit.*, y otros muchos autores hasta Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 7a. ed., Turín, Giappichelli, 2022.

⁷ Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, pp. 61 y ss.

⁸ Fernández Segado, F., *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano — La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Bolonia, Bonomo, 2003; Id., *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI. La quiebra de la bipolaridad "sistema americano-sistema europeo-kelseniano" y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*, Madrid, Tecnos, 2001; Id., "La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 12, 2013, pp. 1 y ss.

⁹ McWhinney, E., *Supreme courts and judicial law-making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

¹⁰ García Belaunde, D., "La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, I, Lima, 1991, pp. 183 y ss. (y especialmente p. 196).

¹¹ Como lo propuse en *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 164 y ss., y progresivamente en otros artículos ["A justiça constitucional no quadro do constitucionalismo contemporâneo", en Almeida Filho, A. y Bilac Moreira Pinto Filho, A. (orgs.), *Constitucionalismo e Estado*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 430 y ss., y en *Propuestas de clasificación de los sistemas de justicia constitucional y sus relaciones con la denominación de la materia "derecho procesal constitucional"*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 11 y ss.].

¹² Vid. Brewer Carías, A. R., *Instituciones políticas y constitucionales. VI. Justicia constitucional*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1996.

o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces (Sagüés, von Brünneck, Favoreu).¹³

La fase temporal del control —considerada determinante para fines clasificatorios por buena parte de la doctrina francesa pero también por estudiosos de diversos países—¹⁴ generalmente es subrayada junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones, o su carácter abstracto o concreto.

Casi siempre indicada como elemento imprescindible de las clasificaciones es la forma de acceso a las Cortes o Tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales el énfasis se pone sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se toma en cuenta la calidad de los actores, a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces (Pasquino).¹⁵

Sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones, se sabe que ésta representa un pilar de las clasificaciones de Calamandrei y de Cappelletti (junto con la estructura concentrada o difusa y con la modalidad de acceso); así como otros aspectos de las decisiones —efectos vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*— son tenidos en cuenta para proponer ulteriores distinciones (Brewer Carías, Sagüés, Nogueira Alcalá), también con relación al papel positivo (normativo) o negativo de los pronunciamientos y en general de la actividad de las Cortes en el sistema (Sagüés, Pizzorusso).¹⁶

¹³ Además de Sagüés, N. P., *op. cit.*, v. Von Brünneck, A., "Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales — The Check of Constitutionality and the Lawmaker in Democracies", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n. 4, 1988, pp. 15 y ss., y Favoreu, L., *Les Cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Puf, 1996, pp. 16 y ss.

¹⁴ Por ejemplo, Sagüés, N. P., *op. cit.*, y Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*

¹⁵ Pasquino, P., "Tipología della giustizia costituzionale in Europa", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2002, pp. 360 y ss.

¹⁶ Pizzorusso, A., "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi", en *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1982, p. 522. El interés de Kelsen sobre las decisiones del Tribunal Constitucional está dirigido sobre todo (mejor: casi solo) en las sentencias estimatorias y en sus efectos. Tanto en Europa como en América, la rígida alternativa "estimación-rechazo", imaginada por él, ha mostrado

Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios y los utiliza para dicotomizar los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas: es el caso de Pizzorusso, que precisamente considera la mayor o menor proximidad a los intereses subyacentes el elemento para distinguir en dos grandes clases los sistemas de justicia constitucional, de forma que llega a señalar también los diversos *resultados* de los mismos, como la propensión de los sistemas concretos para tutelar las libertades y de aquellos abstractos para vigilar las competencias.

A soluciones similares —aunque con caminos completamente diferentes— llega también quien, como Fernández Segado, asume como elementos diferenciales (y por tanto no lo considera un resultado) la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se realiza de manera diferente en función de si es sobre la ley o en la aplicación de la ley.

Por el contrario, quien propone abandonar los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y anclarse precisamente en la función, es Rubio Llorente, que divide los sistemas según que (concretamente) tutelen las libertades o (abstractamente) la ley.¹⁷ Otros autores, como

bien pronto sus límites frente a la extraordinaria variedad de situaciones que los Tribunales Constitucionales deben regular. Bien, en una primera fase, la jurisprudencia, bien, en tiempos más recientes, las Constituciones y las leyes han elaborado modelos intermedios y ulteriores de pronunciamiento. La doctrina de varios países las denomina "parciales", "interpretativas", "aditivas", "manipulativas", "optativas", "monitorias", "de mecanismo", "de principio", etc. Sobre varias tipologías de sentencias son imprescindibles Figueroa Mejía, G. A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa/IMDPC, 2011; Blanco De Morais, C. (ed.), *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009; Panzera, C., *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Nápoles, Esi, 2013. Un análisis comparado eficaz en Tusseau, G., "Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles", en Grandjean, G. y Wildemeersch, J. (eds.), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruselas, Bruylant, 2016, pp. 169 y ss.

¹⁷ Rubio Llorente, F., "Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n. 12, 1996, pp. 9 y ss.

Weber,¹⁸ analizan el objeto del control por considerarlo relevante para fines de las clasificaciones y distinguen según que las Cortes tutelen la ley, o los derechos, o las competencias de los órganos y entes territoriales. Elementos estos —o como ellos los denominan "parámetros"— no distintos de aquellos individualizados por Constantinesco y Pierré Caps, además de la composición, la fase y la eficacia.¹⁹

Con relación a algunas experiencias recientes, especialmente latinoamericanas, Bagni ha finalmente sugerido clasificar también con base en el elemento participativo, considerado como valor. Únicamente para la clasificación de los modelos incidentales, la misma autora había propuesto en el pasado considerar la capacidad de la Corte o Tribunal para incidir directamente en los efectos de la decisión frente a las partes,²⁰ y ahora sugiere, junto a M. Nicolini en un libro muy relevante, publicado en inglés, castellano e italiano²¹ —para todos los sistemas— una división (dúctil) entre formas *nomocráticas* y *pantocráticas* de justicia constitucional (incluyendo en la clasificación también el control de convencionalidad).²²

¹⁸ Weber, A., "Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2003, pp. 29 y ss.

¹⁹ Constantinesco, V. y Pierré Caps, S., *Droit constitutionnel*, 7a. ed., París, LGDJ, 2016.

²⁰ ... lo que permitiría colocar a Italia, cuando ello no es posible sin la intervención del legislador o de la autoridad administrativa, en una clase por separado, puesto que en el sistema italiano los elementos de concreción son relegados a la fase instaurativa del proceso constitucional ante la Corte pero no, por lo menos desde esta perspectiva, en aquella descendente de la misma: véase Bagni, S., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei "modelli" dottrinali*, 2a. ed., Bolonia, Clueb, 2007. Sobre la falta de ejecución de las sentencias, por parte de los Parlamentos, en algunos países de la Europa centro-oriental, véase Sadurski, W., "La crescita delle Corti costituzionali nei paesi dell'Europa centrale e orientale dopo la caduta del comunismo", en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2011*, pp. 320 y ss.

²¹ Bagni, S. y Nicolini, M., *Comparative Constitutional Justice*, Eleven, The Hague, 2021; *Giustizia costituzionale comparata*, Milán, Wolters Kluwer-Cedam, 2021; *Justicia constitucional comparada*, Madrid, CEPC, 2021.

²² «Si existe un modelo mínimo de justicia constitucional en los sistemas que solamente proporcionan formas de control de constitucionalidad sobre actos normativos (primarios y superprimarios, directamente subordinados a la Constitución). Se trata del objeto originario de la justicia constitucional, tanto en la forma del conflicto de competencias en el seno de ordenamientos descentralizados, como en la de garantía del contenido substancial de las normas constitucionales en materia de derechos. Este modelo se define como mínimo porque se dirige solo a la garantía de la relación entre poder constituyente y poder legislativo [...] Hablamos, por el contrario de un modelo

La importancia dada por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente en función de algunas variantes, en particular, el grado de simplificación/complicación de la clasificación. Al considerar como elemento de distinción sólo el grado de concreción/abstracción (como en Pizzorusso), o bien sólo el fin del control (como en Fernández Segado), ellos sirven precisamente para construir los respectivos conceptos de concreción/abstracción (dada por el tipo de recurso, la fase, el interés subyacente, la importancia de la decisión, etc.), o de "control sobre la ley" o "en ocasión de la ley" (de nuevo son relevantes, para distinguir los dos modelos, las modalidades de acceso, el instrumento procesal, el éxito de la sentencia, etc.).

Con la intención de simplificar las clasificaciones, hay quienes eligen elementos determinantes macro, como en los casos señalados (ejemplo: concreción/abstracción), sin embargo, a veces acompañados por subparticiones, y quien, por el contrario, se basa sobre elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), a veces dándoles mayor o menor peso.

Las clasificaciones tradicionales, que se desarrollan a partir de pocas experiencias históricas y ponen de relieve los elementos determinantes en la estructura, en el acceso, en la tipología de las decisiones, están muy presentes en la yuxtaposición del modelo americano respecto del austriaco (a los que se agrega el francés). Uno tenía (en su mayoría) las

máximo de justicia constitucional para referirnos a aquellos ordenamientos que establecen formas de control de constitucionalidad también frente a otros tipos de actos: jurisdiccionales, administrativos y de sujetos privados. En este caso, la primacía de la Constitución, obra del poder constituyente, se afirma frente a diversos poderes del Estado: judicial, ejecutivo, electoral, de revisión constitucional, popular. Siempre que el ordenamiento incluya institutos de control frente a todos los poderes podemos decir que se trata de un modelo total de justicia constitucional»: Bagni, S., "Oltre i modelli e i sistemi di giustizia costituzionale e convenzionale", en *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 4, 2017, pp. 1067 y ss.

características de ser descentralizado, incidental, declarativo; el otro de ser concentrado, con recurso, constitutivo. En suma, la dicotomía estaba enfatizada, y respetados los presupuestos teóricos para construir clases: recíproca exclusividad y conjunta exhaustividad.

No obstante todo ello, y salvo excepciones, en el fondo quedan siempre dos malentendidos: uno es de tipo metodológico: es decir, que para entender la realidad se necesita de las clasificaciones rígidas; otros son de tipo sustancial, y son que la gran división permanece entre el control político y el control jurisdiccional, y entre el control difuso y el control concentrado.

Hoy en día, hacer referencia a la teoría tradicional de los modelos parece contraproducente, y la reciente doctrina somete a críticas radicales este criterio clasificatorio, así como aquellos que enfatizan la derivación de los modelos de experiencias híbridas.²³

²³ Mi crítica a las clasificaciones tradicionales y la construcción de nuevas propuestas se encuentran, entre los escritos de la última década, en "Taxinomias tradicionais e classificações "fracas" dos sistemas de justiça constitucional", en Romboli, R. y Labanca Corrêa De Araújo (eds.), *Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais*, Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 223 y ss.; "Concentrado/difuso: una dicotomía agotada", en *Revista de Derecho empresarial*, n. 3, 2015, pp. 119 y ss., y en Aa.Vv., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, 3 vols., Turín, Giappichelli, 2016, II, pp. 1725 y ss.; "Hacia una nueva sistemática de los modelos de justicia constitucional", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 18, 2015, en Pegoraro, L., *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, pp. 257 y ss., y en Estupiñan Achury, L., Hernández, C. A. y Jiménez, W. G. (eds.), *Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana*, Bogotá, Universidad Libre, 2017, pp. 31 y ss.; "Control jurisdiccional vs control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)", en *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, n. 1, 2018 (Costa Rica); las voces "Jurisdicción constitucional (clasificaciones)", "Justicia constitucional (modelos)", "Justicia constitucional (tipología)", en Ferrer Mac-Gregor, E., Martínez Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM-IJ, 2014 (2a. ed., 2 vols., 2014, 3a. ed.); Ferrer Mac-Gregor, E., Martínez Ramírez, F., Figueroa Mejía, G. A. y Flores Pantoja, R. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1001 voces*, In *Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 2 vols., México, UNAM-IJ-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020), pp. 800 y ss., 849 y ss., 851 y ss. de la 1a. ed.; *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Turín, Giappichelli, 2014; *Sistemi di giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2019, trad. esp. *Sistemas de justicia constitucional*, en Pegoraro, L. y Rinella, A. (eds.), *Derecho constitucional comparado*, tomo IV, Turín, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, Giappichelli, Astrea, 2020.

B. Un error metodológico: clasificaciones rígidas

En una clasificación, los mismos objetos observados pueden ser clasificados en grupos de diferente grosor. Maquiavelo, por ejemplo, afirmaba que las organizaciones políticas pueden ser principados o repúblicas; Aristóteles distinguía tres formas puras y tres corruptas. Hoy, en la doctrina constitucional, existe la tendencia a dividir el mundo en dos clases: las democracias (los buenos) y todo lo demás (los malos).²⁴ Es evidente que el simplismo clasificatorio no ayuda a comprender la realidad: sería como dividir los colores en dos categorías: los claros y los oscuros. En una tienda de pinturas, los posibles matices de verde, rojo, amarillo son muchos. Pero, desde la perspectiva opuesta, tampoco son útiles las clasificaciones demasiado detalladas. Ninguna gota de agua es idéntica a otra, como tampoco lo es ninguna hoja. Si se insiste demasiado en las diferencias, no se hace una verdadera clasificación; si se describe cada objeto de investigación (*monades*) de forma secuenciada se pierde, por tanto, la oportunidad de racionalizar la experiencia.²⁵

²⁴ La elección clasificatoria dicotómica (que evoca la visión simplificada del mundo de John Wayne) es la más difusa hoy entre los comparatistas estadounidenses: como escribe Monateri, P. G., "Critique et différence: le droit comparé en Italie", en *Revue internationale de droit comparé*, n. 4, 1999, p. 999, «Aux États-Unis aujourd'hui on a une préférence pour des classements axés sur l'opposition entre la Western Legal Tradition et les autres. Que c'est américain et que c'est simple!». Y, citando a Mattei, U., *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997 (Chap. 3: "The Distinction between Common Law and Civil Law: Doing Away with Legal Positivism"), pp. 69 y ss., añade: «Les distinctions entre droit français et allemand sont tenues par des nuances, et face à la grandeur des valeurs communes exprimées par la WLT, aussi bien la common law que la civil law ne déviennent que des variantes locales de la même tradition, plus ou moins perfectionnées, selon l'idéologie ou les préférences des auteurs. Quant au droit des États-Unis, ayant reçu la common law anglaise, les valeurs des lumières françaises, des suggestions bien sélectionnées de la théorie allemande, et ayant développé un système judiciaire sans équivalent, il est bien suggéré qu'il mérite la place d'honneur». (Véase Mattei, U., "Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law", en *The American Journal of Comparative Law*, n. 42, 1994, p. 195.) En perspectiva cognitiva véase Winter, S. L., *A Cleaning in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, Chicago U.P., 2001.

²⁵ El efecto que consigue a este exceso de detalles se extiende del material jurídico al intérprete, como lo afirma Bognetti, G. en dos ensayos (que fueron voces enciclopédicas) titulados: *Federalismo*, Turín, Utet, 2009, es decir, el comparatista se transforma en «entomólogo que padece pedantería».

El arcoíris es un buen ejemplo de clasificación (recogido de la verificación empírica): ni mucho ni muy poco, incluso si algún color se difumina en otro. De aquí la posibilidad de subclasificar los verdes, amarillos, rojos... Todo esto da buena muestra de la subjetividad de las clasificaciones y de la exigencia de moderar su rigor, especialmente en las ciencias humanas, como el derecho.

Un buen método consiste en reagrupar, inductivamente, objetos pertenecientes a un conjunto en subconjuntos homogéneos determinados por algunas de sus propiedades. El objetivo es maximizar su semejanza, enfatizando, al mismo tiempo, la diversidad respecto de otras clases. Las clasificaciones así producidas se denominan "extensionales".²⁶ Las ventajas de las clasificaciones extensionales consisten en que las clases son más fieles a la realidad empíricamente observable, contienen un elevado número de informaciones y presentan menores riesgos de exclusión arbitraria, en cuanto los confines entre las respectivas clases no son rígidos.²⁷ Se trata de aplicar una lógica clasificatoria *fuzzy*.

La *fuzzy sets theory*, planteada por el matemático Zadeh en el año 1965, se basa en clases con contornos vagos y en la idea de que los objetos pertenecen a las clases solo en cierta medida, lo que matiza el resultado dicotómico perseguido por las teorías clásicas: usar éstas persiguiendo la precisión puede llevar a perder de vista el verdadero significado. «Los conjuntos *fuzzy* —recuerda Baldin—²⁸ conciben la colocación incierta —desarrollando el paradigma de la pertenencia mediante la noción del ‘grado de pertenencia’— donde el tradicional estudio de los conjuntos

²⁶ Cfr. Marradi, A., "Classificazioni, tipologie, tassonomie", en *Enciclopedia delle scienze sociali*, II, Ist. Enc. italiana, Roma, 1992, pp. 22 y ss.

²⁷ Vid. Needham, R., "Polythetic Classification: Convergence and Consequences", en *Man*, n. 3, 1975, p. 358; Brennan, T., "Classification: An Overview of Selected Methodological Issues", en *Crime and Justice*, n. 9, 1987, p. 216.

²⁸ Baldin, S., "Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarieta", en *Revista General de Derecho Publico Comparado*, n. 10, 2011, pp. 3 y ss.

establece, en cambio, un umbral exacto que determina si un objeto puede o no pertenecer a una clase». ²⁹

Justamente porque gran parte de los ordenamientos utilizan más modalidades para controlar las leyes (desde el punto de vista estructural, de la forma, de los efectos, de los sujetos que activan el control, etc.), parece conveniente operar usando más clasificaciones basadas sobre elementos pertinentes diversos. Esto permite finalmente confirmar que, si en algún extraño caso el "tipo" es (o ha sido) único y homogéneo, en casi todos los lugares, por el contrario, lo que existe es la coexistencia de controles concretos y abstractos, previos y sucesivos, con eficacia inmediata o diferida, declarativa o constitutiva, sobre la ley, sobre las libertades o competencias, y así sucesivamente, con las variables consideradas anteriormente. ³⁰

Es necesario pasar de los modelos a los sistemas organizando las clasificaciones, no por *sets* unitarios y cerrados, sino plurales y abiertos. Según el elemento que tomemos en consideración, algún sistema (es decir, el conjunto de reglas, prácticas, actitudes que caracterizan a cada ordenamiento en materia de justicia constitucional) podrá ser colocado en una línea abstracta graduada. Su posición dependerá del mayor grado de pertenencia a la característica que caso por caso se tome en consideración: con tendencia más política o más jurisdiccional, más concentrada o más difusa, más o menos accesible, etc., según la que resulte más importante para entender la multiforme realidad de cada ordenamiento.

²⁹ Y cita, refiriendo a Sangalli, A., *L'importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Turín, Bollati Boringhieri, 2000, p. 23, el concepto de personas ancianas: a los cinco años una persona con seguridad no es anciana (y su grado de pertenencia al conjunto será 0), mientras que a los noventa y cinco se puede considerar, con toda certeza, anciana (y tendrá un grado de pertenencia de 1). Entre los cinco y los noventa y cinco años existe una zona gris, representada numéricamente por los grados de pertenencia mayores a 0 e inferiores que 1, que crecen en función del avance de la edad.

³⁰ Subrayan que las clases son dúctiles Hamon, F. y Troper, F., *Droit constitutionnel*, 29a. ed., París, LGDJ, 2005, pp. 66 y ss. (42a. ed., 2021).

Desde el punto de vista teórico, esto no representa un obstáculo: como el mismo ordenamiento, observado desde diversos puntos de vista, puede ser colocado en las distintas clases de los ordenamientos federales, de los republicanos, de los parlamentarios o sólo en uno o dos de ellos (para ser considerado, por ejemplo, federal pero monárquico y parlamentario, o centralista pero republicano y presidencialista, y así sucesivamente), de esta forma el análisis de la justicia constitucional puede traducirse en múltiples propuestas de clasificación.

En su momento, Cappelletti de alguna manera anticipó la idea desarrollada por Constantinesco, de reagrupar las familias jurídicas.³¹ Asociaba tres dicotomías (además de aquella político-jurisdiccional): concentrada/difusa; sobre incidente o sobre recurso (o si se prefiere abstracto/concreto); de índole declarativa/constitutiva de las sentencias. Pero si las cosas pudieran ser así en un mundo ideal, no son así en el mundo real —aquel de los ordenamientos vigentes—.

Abandonar este enfoque no implica traicionar el propósito de la ciencia, es decir, racionalizar y simplificar a través de los modelos la realidad, para permitir su comprensión, si no sólo utilizar esquemas que permitan verificar cada sistema; tampoco implica renunciar a la construcción de clases y modelos. El punto —ya señalado por Tusseau— es que éstos deben tener una base empírica. Si bien pagando el precio de una menor simplificación, mejor entonces partir de los sistemas y organizarlos en

³¹ Éstas estarían caracterizadas por la coincidencia de elementos esenciales (ideología, sistema de fuentes, economía, el papel del derecho, el papel de la política, etc.). La falta (o la pérdida) de alguno de estos elementos hace que se debilite la pertenencia a una clase, tal y como ha demostrado hoy la experiencia China, en la que la disociación entre economía (liberista) y política (no liberal) distancia el ordenamiento de la forma de Estado socialista tradicional. La teoría se explica en Constantinesco, L. J., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Rechtsvergleichung*, C. Heymanns, Köln, 1971, trad. esp. "Introducción al Derecho comparado", en *Tratado de Derecho comparado*, I, Madrid, Tecnos, 1981, trad. it. *Introduzione al diritto comparato* (al cuidado de Procidia Mirabelli Di Lauro, A. y Favale, R.), Turin, Giappichelli, 1996, pp. 223 y ss. Véase Pegoraro, L. y Rinella, A., *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Turin, Buenos Aires, 2017, trad. esp. *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, 2 vols., Giappichelli-Astrea, Turin, Buenos Aires, 2018, vol. A, cap. II, secc. II, pp. 134 y ss.

clases distintas según —con base en elecciones discrecionales pero sensatas y presumiblemente útiles— se considere significativo uno u otro elemento.

Algunos son los clásicos, aunque a veces los he utilizado desde una perspectiva diferente a la tradicional: el contexto estructural en el cual operan las Cortes y los Tribunales Constitucionales; las modalidades de acceso a las Cortes, las funciones realizadas; los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado; la calidad de los sujetos involucrados; los bienes tutelados. Sin embargo, otros elementos son ignorados por la mayoría de los académicos que se ocupan del tema o suelen mantenerlos al margen. En sentido contrario, para mí son determinantes.

Son en particular la amplitud del parámetro de control y del objeto del juicio de constitucionalidad, que pueden aparecer como verdaderos y propios factores de transformación o incluso de subversión de los sistemas: señales de tendencia evolutiva destinadas a dejar huellas profundas en el sistema, factores característicos del núcleo duro de cada modelo.

C. Un primer error sustancial: la contraposición entre control político y jurisdiccional

Acerca de la contraposición entre control político y jurisdiccional, Kelsen no niega la índole del Tribunal como "órgano del poder legislativo"; explica por qué el control no puede ser previo; individualiza la esencia de la función jurisdiccional en su carácter independiente, y destaca la exigencia de su neutralidad respecto a las decisiones de los órganos políticos (en sentido estricto). Sin embargo, explica repetidamente que la jurisdicción es "política", en cuanto su naturaleza está «en la resolución de conflictos de interés, en la "decisión" (*Dezision*)», y que «el carácter político de la jurisdicción es tanto más marcado, cuanto más amplio es el

poder discrecional que la legislación, por su naturaleza general, le debe dejar necesariamente». ³²

Bajo este perfil, su idea de lo que es "político" y lo que es "jurisdiccional" es muy distinta a la de Schmitt y de la doctrina comparatista y constitucionalista posterior, que se enfoca sobre todo en la diferente legitimidad, las modalidades de decisión, los distintos parámetros de evaluación —de vez en cuando, la racionalidad intrínseca o la utilidad—, la vinculatividad, etc. ³³

En varios escritos, Kelsen se detiene en la naturaleza de la jurisdicción. ³⁴ La literatura jurídica no ofrece soluciones ciertas para entender lo que diferencia a la jurisdicción de la legislación y de la administración. ³⁵

Acerca de la legislación, se observa que "pone" el ordenamiento, mientras que la jurisdicción lo tutela, y siempre está a ella subordinada, incluso donde actúa el *stare decisis* y se reconoce al precedente judicial

³² "Chi dev'essere il custode della costituzione?", en Id., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 239 y ss.; Id., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1966, p. 242.

³³ Cfr. las reflexiones de Ruggeri, A. y Spadaro, A., *op. cit.*, pp. 5 y ss. Yo también he utilizado en varios escritos citados *passim* la contraposición entre político y jurisdiccional en el sentido prevalente usado por la doctrina. Sin embargo, véase ahora mis artículos: "El desarrollo de la justicia constitucional, la traición a Kelsen por parte de la doctrina académica y la venganza de Schmitt", en Astudillo, C. y Eto Cruz, G. (eds.), *Centenario de los Tribunales Constitucionales I. Estudios históricos, teóricos y comparados*, México, Thomson Reuters/Dofiscal Editores, S.A. de C.V., 2021, pp. 329 y ss.; "Político' y 'jurisdiccional' cien años después del *Verfassungsgerichtshof* (¿Qué queda de Kelsen?)", en Aa.Vv., *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor del profesor Roberto Romboli*, 2 vols., Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2021, pp. 1265 y ss. (en italiano, "Político' e 'giurisdizionale' a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*"), en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2020, pp. 903 y ss.).

³⁴ Ejemplo: "Chi dev'essere il custode della costituzione?", *cit.*, pp. 239 y ss.; *La dottrina pura del diritto*, *cit.*, pp. 267 y ss.; *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard U.P., 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milán, Etas-Kompass, 1966, pp. 134 y ss, 274 y ss.; "Zur Theorie der Interpretation", en *Zeitschrift für Theorie der Rechts*, n. 8, 1934, pp. 9 y ss., trad. it. "Sulla teoria dell'interpretazione", en Id., *Il primato del parlamento*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 157 y ss.

³⁵ Pavani, G., "El poder judicial", cap. IX, secc. V de Pegoraro, L. y Rinella, A., *Sistemas constitucionales*, *cit.*, vol. B, p. 224, citando a Kelsen, H., "Justiz und Verwaltung", en *Zeitschrift für soziales Recht*, n. 1, 1929, pp. 1 y ss., trad. it. "Giurisdizione e amministrazione", en Id., *Il primato del parlamento*, *cit.*, pp. 133 y ss.

un papel de fuente del derecho.³⁶ Para subrayar la diferencia, se añade que también donde se atribuye carácter creativo a la interpretación, eso sólo es consecuencia del «espacio libre que el legislador otorga al poder jurisdiccional, y que por otra parte puede siempre "avocar" (con la interpretación auténtica)».³⁷

Acerca de la administración, «la discrecionalidad no es nunca del todo libre (...) y nunca es del todo dependiente»;³⁸ y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad de la jurisdicción. «Se trata, por tanto, —escribe Pavani— de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa de la oscuridad de los preceptos legislativos», y concluye que, en definitiva, «la jurisdicción en sentido moderno y occidental se define sobre la base de una serie de requisitos que le corresponden principalmente, pero no exclusivamente; que se pueden utilizar de forma conjunta, pero también solo en parte; que comprenden perfiles estructurales (de los cuales la independencia e imparcialidad parecen los más relevantes), así como funcionales (la aplicación de la ley en casos concretos, aunque con las aclaraciones ya realizadas); que se distingue por las formas particulares que caracterizan (especialmente, pero no solo) la producción de los actos típicos —sentencias—, las cuales, sin embargo, pueden colocarse junto a otros actos (ordenanzas, decretos, órdenes, etc.)».³⁹

El desarrollo de la justicia constitucional demuestra que las contaminaciones con la política no sólo son evidentes en la fase genética de los Tribunales (Kelsen no excluye una derivación directa del Tribunal Constitucional del Parlamento), y también en las fases funcionales, sino que,

³⁶ Cfr. Morbidelli, G., "Il potere giudiziario", en Morbidelli, G., Pegoraro, L., Reposo, A. y Volpi, M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bolonia, Monduzzi, 1997, p. 685.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Kelsen, H., "Justiz and Verwaltung" cit., § 17, y p. 146 de la trad. it.

³⁹ Pavani, G., *loc. cit.*

al lado de muchos ordenamientos que siguen otorgando al poder político la tarea de controlar la ley (como el Reino Unido y los países socialistas), otros prevén formas de asesoría no jurisdiccional (Canadá, donde la *reference jurisdiction* es un procedimiento consultivo de control de la constitucionalidad, aunque ejercitado por órganos independientes y sobre la solicitud de parte),⁴⁰ o actas, actividades, funciones no sometidas al control "jurisdiccional" y ejercidas por los Parlamentos, como en Francia, Italia y otros ordenamientos (control sobre la necesidad y urgencia de los decretos-leyes, sobre la invasión del poder reglamentario, etc., y sobre todo "*political questions*"), o hechos culturales como la *deference*.⁴¹

En conclusión, cuando Kelsen rechazó la propuesta de control político de la ley sólo ha pensado en la provocación de Schmitt —el Presidente como guardián de la Constitución—, pero no ha negado que puedan existir otras variantes de un ejercicio "no jurisdiccional" de la justicia constitucional. También ha considerado la politicidad de la interpretación constitucional, que no es sólo *subsunción* en el sentido acogido por Schmitt, sino decisión que exige evaluaciones de naturaleza no racional en sentido estricto y discrecionales (creación de derecho): decisiones que sólo se pueden llamar "políticas".

Lo que no ha prefigurado es la progresiva parificación, hasta la inversión, de los poderes de los jueces (constitucionales) y del legislador: en términos cuantitativos, la prevalencia de la discrecionalidad del juez

⁴⁰ La actividad consultiva es diferente de la jurisdiccional, y la sola neutralidad del órgano llamado a ejercerla (el mismo que opera en sede contenciosa) no es suficiente para caracterizar las *advisory opinions* como actividad jurisdiccional en sentido estricto. Actividad consultiva que puede ser desarrollada también en otros ordenamientos, como Canadá, Corea y Samoa, pero no en EE.UU., donde la *Supreme Court* en cambio se ha negado a llevar a cabo actividades de mera consulta en materia constitucional, hasta las llamadas *advisory opinions* fueron explícitamente prohibidas en 1911 con la sentencia *Muskrat vs United States*, 219 US 346, y Australia, donde las *advisory opinions* fueron declaradas inconstitucionales en *Re Judiciary and Navigation Acts* (1921) 29 C.L.R. 257.

⁴¹ Sobre el concepto de "*deference*" véase Lawson, G. y Seidman, G., "Deference and National Courts in the Age of Globalization: Learning, Applying and Deferring to Foreign Law", en D'Alessandro, C. A. y Marchese, C. (eds.), *Ius dicere in a Globalized World: A Comparative Overview*, Roma, Roma TrE Press, 2018, I, pp. 431 y ss.

de las leyes, frente a los órganos del poder político en el desarrollo de la Constitución. «Cuando el legislador autoriza al juez a evaluar, con ciertos límites, intereses contrastantes entre ellos, le atribuye un poder de creación del derecho, entonces un poder que otorga a la función judicial el mismo carácter "político" que —aunque en medida mayor— tiene la legislación» — escribe.⁴² Ha creado un modelo coherente y "puro", como tal destinado a ser integrado, corregido e incluso desmentido por la historia, que ha transformado a los Tribunales Constitucionales de "custodios de la Constitución" en "actores" del proceso de decisión política; de participantes en este proceso en el marco de la división de poderes en *protagonistas* (en el sentido etimológico de la palabra), incluso en contra del equilibrio entre ellos.

Una falta "cuantitativa", debida al desarrollo concreto de la justicia constitucional, que sin embargo plantea los interrogantes puestos por Tusseau sobre el "dogma" del control jurisdiccional de las leyes: ¿por qué se debería preferir la decisión de un Tribunal Constitucional (libre, discrecional, desvinculada del léxico y la historia de una Constitución, anclada en ponderaciones opinables si no arbitrarias), a las evaluaciones de los cuerpos políticos, llamados a responder a las elecciones del pueblo?⁴³

En mi opinión, el engaño principal reside en la preliminar difusa opinión que el control ejercido hoy por la mayoría de los Tribunales "kelsenianos" sea jurisdiccional de verdad, *entonces* "no político". De hecho, como destaca Kelsen, el grado de "jurisdiccionalidad" puede cambiar en ocasiones, y ser más o menos intenso, pero sólo en el sentido de mayor o menor discrecionalidad otorgada por el legislador, y de mayor o menor nivel de independencia frente a los otros poderes ("políticos") del Estado.

⁴² Kelsen, H., "Chi dev'essere il custode della Costituzione?", cit., p. 242.

⁴³ Tusseau, G., "Deux dogmes du constitutionnalisme", en Aa.Vv., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 835 y ss.

«La opinión que solo la legislación sea política pero no la "verdadera" jurisdicción es tan errónea cuanto la opinión que solo la legislación produzca derecho y la jurisdicción sea su mera aplicación reproductiva» — escribe Kelsen,⁴⁴ que no niega el carácter político de la jurisdicción sino sólo que el guardián de la Constitución debe ser el Presidente del *Reich*. Sobre esta contraposición, la doctrina ha construido la dicotomía entre control jurisdiccional y control político, aunque en Kelsen el "político" esté comprendido en el "jurisdiccional" (y viceversa). Los intérpretes, entonces, quieren ser más "puros" que el mismo creador de la *Reine Rechtslehre*.

D. Un segundo error sustancial: los Estados Unidos, arquetipo del control concentrado

Un ensayo de Tusseau, cuyo título en la versión francesa significativamente se denomina "Contre les 'modèles' de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique"⁴⁵ no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, con lo que evidencia caracteres suyos bajo todo punto de vista que pueda ser considerado: del perfil subjetivo (control difuso vs control concentrado) al modo (tipos de acceso);

⁴⁴ Kelsen, H., "Chi dev'essere il custode della Costituzione?", cit., p. 242.

⁴⁵ Tusseau, G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica — Contre les «modeles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bolonia Bup, 2009, trad. esp. *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, México, Porrúa/IMDPC, 2011; vid. también Id., "Au-delà des 'modèles' de justice constitutionnelle, pour un comparatisme pragmatiste", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 12, 2013, trad. it. "Oltre i 'modelli' di giustizia costituzionale, verso una comparazione pragmatista", en Bagni, S. (ed.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bolonia, Bup, 2013, trad. esp. "Más allá de los 'modelos' de justicia constitucional, hacia una comparación pragmatista", en Bagni, S. (ed.), *Justicia constitucional comparada*, cit., pp. 21 y ss.; Id., "Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel", en *Jus politicum*, n. 13, 2014, y en http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/jp13_tusseau.pdf.

de los efectos (tipo de eficacia) a las funciones (el bien protegido), entre otros. Pero no solamente eso, sino que Tusseau también señala que en los diferentes ordenamientos los elementos individualizados en los modelos americano y austriaco, que parecen caracterizarlos de forma unitaria, no siempre "van juntos", es decir, son frecuentes los casos en los que los elementos americanos se mezclan con los austriacos; la naturaleza abstracta se encuentra a veces en los sistemas difusos, la naturaleza concreta en los concentrados; la eficacia declarativa o constitutiva no representa una característica de un tipo o de otro, etc., por no decir que en los mismos modelos los elementos tradicionales se encuentran solamente de manera general, y hay excepciones.

Con rechazo a la dicotomía y, en consecuencia, con inversión en el método de investigación, no se propone partir de Estados Unidos y Austria para incorporar a ellos las diversas experiencias (posiblemente forjando clases mixtas o híbridas), sino de la extraordinaria variedad del derecho positivo y desde ésta (re-)construir eventualmente las clases.⁴⁶

Aún más, en mi opinión, incluso en la experiencia histórica ambos modelos nacieron como concentrados: el artículo III, sección I de la Constitución de los Estados Unidos afirma: «The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish (...)».⁴⁷ Se nota que la previsión de otros tribunales federales es sólo posible, como explica Hamilton en el n. 81 de *El Federalista*, en donde se justifica con base en razones prácticas. La sección II, § 2, confiere a la Corte Suprema competencia originaria, «In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a State shall be party». La Constitución no contiene al inicio, como todos saben, algún *Bill of Rights*. Sólo con la *incorporation*, después de la guerra civil, la competencia del juez

⁴⁶ Esta perspectiva es la base de su reciente, magnífico y exhaustivo libro: Tusseau, G., *Contentieux Constitutionnel Comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, París, LGDJ, 2021.

⁴⁷ Sacerdoti Mariani, G., en Sacerdoti Mariani, G., Reposo, A. y Patrono, M. (eds.), *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Florencia, Sansoni, p. 106, nota 88, señala que «con el uso de *one* se quiere insistir sobre la unicidad de la Corte Suprema».

se extenderá de facto a las libertades y a los derechos. Recordemos que al inicio el problema es cómo respetar las competencias respectivas de los poderes, de los Estados y de la Federación, cuestión que sólo compete a la Corte Suprema, Tribunal Federal —concentrado, diremos— de única instancia. El celeberrimo ensayo n. 78 de *El Federalista*, que sienta las bases del control de constitucionalidad, tiene un carácter universal cuando aborda genéricamente el conflicto entre «aquella (ley) que posee fuerza obligatoria y validez superior» y las otras; entre «la Constitución y la ley ordinaria, la intención del pueblo [y] la intención de sus mandatarios». Detrás, sin embargo, el problema principal estaba representado por los conflictos, sea entre los poderes, sea sobre todo entre las entidades públicas. En *El Federalista* el tema es recurrente: en el ensayo n. 19 Madison y Hamilton recuerdan los mecanismos (concentrados) de solución de las controversias entre los Cantones en la Confederación Suiza; en el n. 49 Madison evoca el "Consejo de los Censores" en Pensilvania reunidos en los años 1783 y 1784, y en el n. 80 Hamilton menciona a la Cámara Imperial creada por Maximiliano a fines del siglo XV; es aquí especialmente que reconduce el tema del «medio constitucional para hacer aplicar las disposiciones constitucionales», lo que constituirá el límite de las competencias estatales.⁴⁸

Sólo después el elemento del carácter difuso asume consistencia, pero viene en parte frustrado por el poder de la Corte Suprema de seleccionar los casos a través del *writ of certiorari*, para así ocuparse sólo de los problemas de constitucionalidad. Motivo por el cual la Corte Suprema para la común percepción viene considerada como Tribunal Constitucional. ¡La Constitución es eso que la Corte Suprema, *no otras*, dice que eso sea!⁴⁹

⁴⁸ Cfr. Reposo, A., "The Federalist, Judicial Review e Stato federale", en *Il Politico*, 1987, pp. 37 y ss. Conforme al texto, y de manera profundizada, evidencia las características "centralizadas" de la Corte Suprema de los Estados Unidos Andrioli, E., "A deal is (not ever only) a deal: Original jurisdiction, logica consensualistica e accentramento del controllo di costituzionalità negli Stati Uniti d'America", en *Federalismi.it*, n. 15, 2016, pp. 1 y ss.; Id., *Il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti d'America. L'accentramento del controllo tra frame of government e procedural remedies*, Bolonia, Filodiritto, 2021.

⁴⁹ La frase: «the Constitution means what the Courts say it means» fue pronunciada por el Chief Justice Charles Evans Hughes (1907), sin explícita referencia a la Corte Suprema, aunque, tal y como

No parece tener mucho sentido continuar entonces clasificando los modelos partiendo de un presupuesto, parcialmente erróneo, basado sobre la antinomia entre la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, nacida para la defensa de las competencias,⁵⁰ y un sistema —el americano— nacido con la misma finalidad, e inspirado en la idea de que el verdadero garante de la Constitución es la Corte Suprema, y solo en vía subsidiaria cualquier juez.

Sección II. Clasificaciones

A. La naturaleza política o jurisdiccional del control

La clasificación de las familias políticas propuestas por Mattei, ancladas al papel prevalente de la tradición, de la política o del derecho, encuentra su reflejo también en la catalogación de los sistemas de justicia constitucional.⁵¹

recuerda Bagni, S., en la voz "Interpretación comparada", en Ferrer Mac-Gregor, E., Martínez Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. A. (coords.), *op. cit.*, p. 729, la Corte Suprema de EE.UU., en el caso *Cooper vs Aaron*, 358 US 1 (1958), afirmó: «La interpretación de la Enmienda Decimocuarta enunciada por esta Corte en el caso *Brown* es la ley suprema del país».

⁵⁰ Sin querer remontar hasta los mismos orígenes en la antigua jurisdicción del Sacro Imperio Romano (*Reichsgerichtsbarkeit*), se ha señalado que en las Constituciones de los Estados alemanes aprobadas después de 1830 la jurisdicción constitucional de las controversias entre órganos del Estado o en todo caso en materia de derecho estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) no pudo arraigar en defecto de instancias federales [Luther, J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turín, Giappichelli, 1990, p. 95; y anteriormente Friesenhahn, "Die Staatsgerichtsbarkeit", en Anschütz, G. y Thoma, R. (eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 2 vols., Tübingen, 1932, II]. Es en cambio en la estructura federal de la Confederación alemana del 1815 donde se puede hallar el germen de la justicia constitucional, y justo en materia de regulación de competencias entre los Estados partícipes de la Confederación misma, y también de conflictos entre Federación y Estados confederados. Tal esquema fue recogido luego en la Constitución suiza de 1874, en la de Weimar de 1919 y por fin —racionalizado por Kelsen— en la Constitución austriaca de 1920 (donde el núcleo central de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* fue y es hoy representado por la regulación de las competencias de *Bund* y *Länder*).

⁵¹ Mattei, U., "Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici", en Aa.Vv., *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, 1, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 775 y ss., y especialmente 782. En una sucesiva contribución en inglés, el juicio de prevalencia ha sido traducido con "*impression of hegemony*": Id., "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", en *The American Journal of Comparative Law*, n. 45, 1997, p. 21.

El modelo que se ha afirmado donde prevalece el Estado constitucional de derecho (que a grandes rasgos coincide con la idea y el área de la familia del "*rule of professional law*") es aquel del control "jurisdiccional". Allí donde éste ha prevalecido no se ha perdido del todo el control "político", ejercitado en varias formas.⁵² Y viceversa, donde es prevalente el *political law* también la justicia constitucional, donde existe, sufre la más fuerte contaminación con la política (Al *traditional law* es más difícil aplicar este paralelismo, aunque si ordenamientos a ello adscritos —por ejemplo, el británico y aquellos tribales— comparten, aunque sea por razones muy distintas, la lejanía del concepto mismo de control de la ley).

La clasificación de los sistemas de justicia constitucional con base en el elemento indicado difícilmente puede ofrecer resultados apaciguados si queda anclada a esquemas con dicotomía. Mientras se pueda pensar en modelos políticos y modelos jurisdiccionales, no será fácil encontrar, excepto casos limitados, ordenamientos que agoten el control de las leyes sólo en remedios procesales, o sólo en remedios políticos (también si este segundo suceso es más frecuente).

Incluso aceptando el sentido tradicional de "político" como enunciado en el § B, el grado de "jurisdiccionalidad" puede cambiar en ocasiones y ser más o menos intenso, según múltiples variables. Las principales son las siguientes: la primera está representada por la posición *super parte* del juez; la segunda por la naturaleza contenciosa del proceso constitucional y por la existencia de una controversia concreta; la tercera por la existencia de un impulso de parte; se da entonces una serie de elementos: la fase en la que se desarrolla el control y la índole represiva o de mero "parecer", incluso en ocasiones vinculante, de los pronunciamientos; la naturaleza general o circunscrita de las decisiones; la intensidad de los vínculos lingüísticos de las disposiciones tomadas como parámetro y objeto de la sentencia; la generalidad de las acciones;

⁵² *Infra* en este §.

la fuerza más o menos obligatoria de tradición de "fidelidad constitucional" (*deference*) respecto de la política; en definitiva la esfera de la discrecionalidad del juez constitucional respecto de los actores de la jurisdicción ordinaria.⁵³

Por ejemplo, el sistema francés ha sido durante mucho tiempo percibido (y definido) como "político", por estar caracterizado por un procedimiento abstracto y preventivo (en ausencia de controversias concretas), y ejercitado ante un órgano con garantía de independencia menos intensa que la que caracteriza a los jueces ordinarios. El mismo estilo de las decisiones (no "sentencias") soportaba esta idea, como el mismo nombre del órgano (no "Supremo", "Corte" o "Tribunal", sino "Consejo", que evoca la idea de un órgano que ofrece su parecer, pero no "sentencias"). Algunas de estas variables se mantienen: queda sobre todo la que se encuentra ligada a la extracción de los jueces, a su criterio de nombramiento; queda en buena parte el control preventivo, ahora flanqueado por aquel sucesivo/represivo, anclado a casos concretos. Sin embargo, la doctrina y el mismo *Conseil*, especialmente durante la Presidencia Badinter, ha operado para que fuese reconocida al *Conseil constitutionnel* y a su actividad la patente de "jurisdiccionalidad".⁵⁴

El francés es un ejemplo que demuestra también desde una perspectiva diacrónica la parcial transformación de un sistema; permanece un

⁵³ Por ejemplo, no ponen en duda el papel político de la Corte Suprema estadounidense Halpern, G. y Lamb, C. (eds.), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington, Lexington Books, 1982. A la *deference*, o mejor a la falta de una tradición cultural en el plantear incidentes de constitucionalidad, se conecta en Hungría el escaso uso que los jueces ordinarios hacen de la cuestión prejudicial: cfr. Kelemen, K., "L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese", en *Diritto pubblico costituzionale ed europeo*, n. 1, 2014, p. 435. Sobre el concepto de "*deference*" véase Lawson G. y Seidman, G., "Deference and National Courts in the Age of Globalization: Learning, Applying and Deferring to Foreign Law", en D'Alessandro, C. A. y Marchese, C. (eds.), *Ius dicere in a Globalized World: A Comparative Overview*, cit., I, pp. 431 y ss.

⁵⁴ Cfr. Tusseau, G., "Para acabar con los "modelos" de justicia constitucional", cit., pp. 92 y ss.; Passaglia, P., "Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il *Conseil constitutionnel* e la Costituzione della Quinta Repubblica francese", en Butturini, D. y Nicolini, M. (eds.), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 vols., Bologna, Bup, 2017. II, *Dialoghi "esemplari": le esperienze straniere*, pp. 57 y ss.

elemento estructural típico del modelo político (en el sentido de la doctrina, no de Kelsen), o incluso aquel relacionado a la extracción (no necesariamente jurídica) de los magistrados; permanece un rito previo, todavía importante; existe una deferencia respecto del poder político; pero junto a ese se han afianzado formas de control concreto y sucesivo y ha cambiado el estilo de las decisiones.⁵⁵

En otros ordenamientos, se encuentran en determinadas ocasiones, la prevalencia de la política o de la jurisdicción, en razón de los mecanismos utilizados con mayor frecuencia y eficacia, que presentan las características recurrentes en uno y en el otro. Aunque donde el control de constitucionalidad sea pacíficamente jurisdiccional, las formas de control político (como categoría residual, es decir "no jurisdiccional") pueden sumarse en modo más o menos intenso. Es el caso, por ejemplo, de algunas "áreas incontrolables", porque son consideradas *political question*, que son sustraídas del control jurisdiccional y asignadas al control político.⁵⁶ Esto salva la pureza del control jurisdiccional como modelo

⁵⁵ Sobre la introducción de la *question* en Francia, Carcassonne, G. y Duhamel, O., *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité*, París, Dalloz, 2011; Disant, M., *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, París, Paris, 2011 (además de muchos artículos, alguno de ellos en castellano: Bourget, R., "Carácter jurisdiccional del Consejo Constitucional francés y cuestión prioritaria de constitucionalidad", en Bagni, S., Figueroa Mejía, G. A. y Pavani, G. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols., México, Tirant lo Blanch-México, 2017, II, pp. 713 y ss.; en italiano, Calamo Specchia, M., "Il tempo della decisione. Spunti di riflessione sul controllo di costituzionalità a posteriori in Francia e sugli effetti delle decisioni di costituzionalità", *ivi*, I, pp. 771 y ss.), y Benvenuti, S., *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e "dialogo" tra Corti*, Nápoles, Esi, p. 116, especialmente pp. 139 y ss.

⁵⁶ Es necesario afirmar que también el uso de la *political question* enmascara una precisa elección política de los Tribunales, que pueden decidir no decidir y "salvar" la opción del legislador, o viceversa, analizar el fondo de la cuestión y anular la ley. Al tener el poder de escoger si decidir o no decidir [y de cambiar de idea al respecto, como por ejemplo en *Baker vs Carr*, 369 US 186 (1962), después *Colegrove vs Green*, 328 US 549 (1946), sobre la discutible estructura de los distritos electorales (denominada *malapportionment*)], "*political question*" no significa sólo respetar la voluntad política del poder legislativo, sino incluso hacer una elección política sin respetar tal voluntad o imponer la propia. Véase, por ejemplo, Hodder-Williams, R., *The Politics of the Supreme Court*, Allen & Unwin, London, 1980, y Haarscher, G., "Les juges décideurs politiques: quelques considérations sur la Cour suprême des États-Unis", en Grandjean, G. y Wildemeersch, J. (eds.), *Les juges: décideurs politiques?*, cit., pp. 309 y ss.; Henkint, L., "Is there a 'Political Question' Doctrine?", en *The Yale Law Journal*, n. 85(5), 1976, pp. 597 y ss.; Andreoli, E., "Dialogo o *judicial interpretation*? La *political question doctrine*, tra giuridico e opportunità politica", en Butturini, D. y Nicolini, M. (eds.), *op. cit.*, I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, pp. 75 y ss., que recuerda también las siguientes contribuciones:

vigente en aquel sistema, pero no hace del sistema global de justicia constitucional de un ordenamiento jurídico un sistema exclusivamente jurisdiccional. Es también el caso del control sobre los requisitos de necesidad y urgencia de los decretos-leyes italianos, que por mucho tiempo han estado sustraídos del control de la jurisdicción constitucional ordinaria y asignados en exclusiva a órganos políticos llamados a decidir sobre la constitucionalidad con criterios políticos.

Todo ello no se traduce en un nihilismo cognitivo que impida clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la perspectiva en examen, a condición de no trazar líneas de demarcación netas, ni en los modelos (jurisdiccional/político), ni mucho menos en los sistemas. En los modelos, porque la naturaleza "jurisdiccional" o "política" del control, a pesar de Kelsen, no depende de una única característica, sino de muchas; dentro de los sistemas aún menos, porque en prevalencia conviven más modelos y más ritos.

En prevalencia, no siempre. En un extremo de una línea guía en la que se coloca la experiencia en clases dúctiles, en efecto, se pueden posicionar todos los ordenamientos que rechazan el control de constitucionalidad jurisdiccional. En ellos, existe la preeminencia absoluta de la política. Es lo que sucede en su mayoría en la forma de Estado socialista, donde en nombre de la unidad del poder estatal se rechaza que la jurisdicción constitucional pueda prevalecer sobre la voluntad del pueblo, encarnada en los órganos a través de los cuales se expresa. Por diversos motivos, también el Reino Unido se sitúa en esta postura: es el Parlamento quien prevalece y, a título subsidiario, la tradición.

Fuller Weston, M., "Political Questions", en *Harvard Law Review*, n. 38, 1925, pp. 296 y ss.; Redish, M. H., "Judicial Review and the Political Question", en *Northwestern University Law Review*, n. 79, 1985, pp. 1022 y ss.; Tigar, M., "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine,' and Foreign Relations", en *UCLA Law Review*, n. 17, 1970, p. 1135; Sanstrom Simard, L., "Do We Still Need the Political Question Doctrine?", en *Dickinson Law Review*, n. 100, 1996, pp. 303 y ss.

Un poco más allá, se sitúan los ordenamientos socialistas que en parte "externalizan" el control, sin embargo manteniendo en el poder político, a través del partido único, el control del órgano; el cual a su vez opera con base en ritos, con objetivos, con parámetros que nada tienen que ver con la jurisdicción en sentido estricto.⁵⁷ Así ocurre también en Irán, debido a la composición del órgano —el Consejo de Guardianes— y el parámetro (la *Shari'a*), por no mencionar el complejo contexto ajeno al Estado de derecho, aunque hay una muy parcial jurisdiccionalización cuando no están implicadas cuestiones religiosas.

Al otro extremo de la línea guía, debemos colocar los sistemas que operan sólo con la modalidad jurisdiccional, por lo que quedan excluidos la estructura y procedimientos políticos. El modelo es sólo ideal. Los Estados Unidos representan el ejemplo más puro, pero no es puro del todo, al menos por dos razones: la posibilidad (aunque recesiva en la experiencia empírica desde 1900), de utilizar el veto presidencial por razones de constitucionalidad,⁵⁸ y la existencia de áreas no justiciables, marcadas por la doctrina de las *political questions* (aunque —ya lo hemos dicho en la nota 56— incluso la *political question* implica una elección política por

⁵⁷ Sobre la justicia constitucional en los ordenamientos socialistas Biscaretti Di Ruffia, P., "Il problema del controllo di costituzionalità delle leggi negli 'stati socialisti' europei", en Aa.Vv., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, 2 vols., Padua, Cedam, 1985, I; Roussillon, H., "Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Pays socialistes", en *Revue Française de Droit Public et de la Science Politique*, n. 1, 1977. Sobre el desarrollo de la justicia constitucional tras el cambio en Europa, Verdussen, M. (ed.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruselas-París, Bruylant-LGDJ, 1997; por las valiosas informaciones históricas y bibliográficas, Mazza, M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padua, Cedam, 1999; Di Gregorio, A., *La giustizia costituzionale in Russia: origini, modelli, giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 2004; Dadurski, W., *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer, 2007; Massias, J. P., *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, París, LGDJ, 1997, y, en su mayoría organizadas sobre el esquema de las relaciones nacionales: De Vergottini, G. (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Turín, Giappichelli, 2000; Sadurski, W. (ed.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, La Haya, Kluwer, 2002; Beaudoin, M. E., *Justice constitutionnelle et État post-soviétique*, Clermont-Ferrand, Presses University Fac. Droit de Clermont-Ferrand, 2005. Sobre la nueva Constitución de Cuba, la sección monográfica de *Dpce on-line*, n. 1, 2020.

⁵⁸ Véase Buratti, A., *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, Carocci, 2012, pp. 54 y ss., 85 y ss.

parte de los jueces, en el sentido que deciden no decidir y confían en órganos distintos). Al lado podemos situar Australia.

Canadá ya aparece, como sistema, menos puro porque, al contrario de los Estados Unidos, allí se han previsto también formas consultivas de control de constitucionalidad, también ejercitadas por órganos independientes y la solicitud de parte: la actividad consultiva es diferente de la jurisdiccional, y la neutralidad del órgano llamado a ejercerla (el mismo que opera en sede contenciosa) no basta para caracterizar las *advisory opinions* como actividad jurisdiccional. Además, el artículo 33 de la *Constitution Act* de 1982 contempla la "*notwithstanding clause*", «con base en la cual el legislador, federal o provincial, puede, mediante una decisión explícita, mantener con vida, por un periodo de cinco años, prorrogable, una normativa contraria a la mayor parte de los derechos fundamentales de libertad garantizados por la Carta. Se permite, pues, al legislador sustraer sus leyes al control de constitucionalidad, e incluso superar, mediante la aprobación de una nueva ley, proveída de la cláusula, decisiones de inconstitucionalidad de una normativa anterior: en otras palabras, se atribuye al legislador (al legislador *tout court*, al margen de cualquier recurso a la revisión constitucional o a procedimientos agravados) el "derecho a la última palabra"». ⁵⁹

En el medio de la línea guía ideal se encuentran otros infinitos casos, en su mayoría tendientes hacia la vertiente "jurisdiccional", que ha prevalecido sobre la idea de control político.

Resulta por tanto necesario graduar ulteriormente los modelos siguiendo las características arriba señaladas. No sólo la concurrencia, con las Cortes o Tribunales, de otros sujetos a la función de control de las leyes inducen a graduar la "politicidad" o la "jurisdiccionalidad" de un sistema de justicia constitucional, sino que influye sobre la naturaleza del órgano

⁵⁹ Véase Groppi, T., "La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata", en *Percorsi costituzionali*, n. 2-3, 2010, § 3.

también el grueso de funciones ejercitadas, diferentes del control de constitucionalidad. Donde el órgano no ejercita sólo la actividad típica, pero se le atribuyen funciones "políticas" —control sobre los partidos, sobre las elecciones, etc.— y de hecho las desempeña, se enfatiza su perfil político, o cuanto menos caen en la sombra las funciones jurisdiccionales (como en el caso francés, antes mencionado, al menos en un período inicial).⁶⁰

Sobre todo, el elemento estructural resulta importante. Si el juez es poco independiente frente al poder político, aun juzgando según los procesos y con el lenguaje de la jurisdicción, con instrumentos llamados sentencias, quizás definitivas y no recurribles, sobre el impulso de parte, puede que el control sea "jurisdiccional", pero resultará un poco más "político" que donde la Corte o Tribunal están formados, por la modalidad de la elección y nombramiento y sobre las reglas de la preparación profesional, con mayor garantía de independencia. Por tanto, entre los sistemas europeos, Alemania, Austria, Italia pueden ser clasificadas en clases más o menos coincidentes en comparación de donde se sitúan Hungría, Polonia, Rusia, Corea y lo mismo Portugal, pero no del todo, porque allí (como en otros ordenamientos) es más inmediata la derivación de los órganos políticos (Parlamento y/o Presidente de la República).

La cuestión de que algunas Cortes manifiestan, de hecho, una fuerte *deference* al poder político no afecta a la naturaleza jurisdiccional del

⁶⁰ Sobre las funciones ulteriores de las Cortes, v. en un amplio marco comparativo Baldin, S., *Le "altre" funzioni delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale*, Trieste, Eut, 2000; Ferrari, G. F., "Le forme di controllo di costituzionalità 'anomale'", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2000, pp. 351 y ss.; Fernández Rodríguez, J. J., "La ampliación de competencias de la justicia constitucional: el caso de la Europa central y oriental", en Flores Juberas, C. (ed.), *Estudios sobre la Europa oriental. Actas del II encuentro español de estudios sobre la Europa oriental (Valencia, 20, 21 y 22 de noviembre de 2000)*, Valencia, Puv, 2002, pp. 135 y ss.; Ginsburg, T. y Elkins, Z., "Ancillary Powers of Constitutional Courts", en *Texas Law Review*, n. 87, 2008, pp. 1431 y ss.; y sobre todo Bagni, S. y Nicolini, M., *op. cit.* El fenómeno se expande sin embargo también a América Latina: *cfr.* Nogueira Alcalá, H., "La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 10, 2006, pp. 241 y ss.

control ejercitado. Incluso en este caso, aflora sin embargo una conexión con la política. El hecho que, como en Japón o el Norte de Europa, las sentencias de inconstitucionalidad se contaran con los dedos de la mano en más de medio siglo, es índice de sujeción a las decisiones del Parlamento, y que por razones muy variadas la jurisdicción deja el campo libre a la política. El control ejercitado por los respectivos sistemas permanece jurisdiccional, pero aparece menos pleno que en los Estados Unidos, o algunos países europeos.

También la extracción de los jueces contribuye a la medición del grado de politicidad de un sistema: donde *de iure* (Italia y gran parte de los ordenamientos) o *de facto* (EE.UU.) estos deben ser juristas (provenientes del foro, de la universidad, del aparato administrativo), la naturaleza jurisprudencial del sistema es o se hace *más* marcada de donde estos son de proveniencia en todo o en parte de la política (Bélgica, Francia por los ex Presidentes de la República).

Todos los factores evocados pueden ser evaluados separadamente como también combinarse entre ellos para medir el grado de pertenencia mayor o menor de un sistema a las clases de la jurisdiccionalidad o de la politicidad. Los límites en ocasiones son nítidos, pero a menudo existe una superposición e incertidumbre.⁶¹

En conclusión, hay una distinción nítida entre el concepto de "político" en Kelsen y en sus exegetas y comentaristas. En el estudioso de Viena no hay contraposición entre decisión judicial y decisión "política". Lo que cambia sólo es el grado de discrecionalidad. Entre los comentaristas, se acepta en mayoría la distinción entre modelo jurisdiccional (que caracteriza

⁶¹ Esto es a grandes rasgos lo que sucede cuando se fijan estándares para evaluar el grado de democracia de un país. Véase Cassese, S., "Global standards for national democracies?", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2011, pp. 701 y ss. Cfr. también Pegoraro, L., "Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo", en *Rassegna parlamentare*, aprile-giugno 2014, pp. 249 y ss. y en *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 16, 2014, pp. 121 y ss.

los dos modelos concentrado y difuso, y sus hibridaciones), y modelo "político" en el sentido de "no confiado a un Tribunal", no siempre negando la latitud interpretativa de los Tribunales, pero sí muchas veces la naturaleza política de sus decisiones. Sobre todo, la doctrina no marca bastante la "transustanciación" de la justicia constitucional "jurisdiccional", de órgano encargado de controlar la ley en órgano que se añade a los otros poderes del Estado y contrapone sus evaluaciones a las de los órganos legitimados de otra manera (Parlamentos, Ejecutivos, Presidentes).

B. La estructura

En relación con la estructura, la clasificación tradicional pone el acento sobre la clásica dicotomía entre control difuso y control concentrado. Es evidente en todo caso una fuerte inclinación entorno a la concentración del control. Se puede sostener no sólo que casi todos los sistemas nacen concentrados (con parciales excepciones para América Latina y otros pocos casos), pero también que, donde la difusión ha existido, ésta viene ahora absorbida por las Cortes Supremas o por sus salas especializadas.

La gran división no puede ser del todo abandonada; entre otras cuestiones porque, en los ordenamientos que tradicionalmente han estado adscritos a la clase de sistemas difusos, otros sujetos concurren mucho intensamente con el órgano más alto de la pirámide, para administrar la justicia constitucional. Pero ésta tiene que ser reconducida dentro de las clasificaciones dúctiles.

El rechazo de una ruptura neta entre el modelo concentrado y el modelo difuso —más bien, entre sistemas concentrados y sistemas difusos— comporta primeramente que a los sistemas clásicamente denominados "continentales", "austriacos", "kelsenianos", "concentrados" y así sucesivamente se contraponen no sólo el estadounidense y sus derivados (canadiense, australiano y, en general, los de *common law*), sino también: a) aquellos dotados de un juez *ad hoc*, en los cuales, a través del incidente

de constitucionalidad, los jueces ordinarios están en gran medida interesados en el control (Alemania, Italia, España, este de Europa, etc.); b) los mixtos, en los que en alguna medida funciona un Tribunal Constitucional con competencias específicas o una sala especializada del Tribunal Supremo, o donde también o *sólo* una Corte Suprema puede ejercitar el control con ciertos efectos y, sin embargo, los jueces ordinarios están habilitados para inaplicar las leyes inconstitucionales: éste es el caso de Portugal, Grecia, los Países Bálticos y del norte de Europa, Rusia y de otros ordenamientos de la antigua URSS o de muchos estados de Latinoamérica.

En relación con el contexto estructural en el que se insertan los órganos de la justicia constitucional, los Tribunales pueden ocupar una posición casi exclusivamente o *prevalentemente* de monopolio (sistemas unitarios) o *prevalentemente* concurrente con otros sujetos (sistemas plurales).

La clasificación puede anclarse también en otros elementos, diversos de la división entre jueces (ordinarios y/o *ad hoc*) de la función de justicia constitucional: por ejemplo, en la presencia, dentro de un mismo ordenamiento, de más de un nivel de justicia constitucional. En los ordenamientos federales, en particular, el sistema de la Federación se junta con aquel de los entes descentralizados, aunque limitadamente sustraen parte de las competencias del nivel central. Esto es lo que sucede en los Estados Unidos, en Canadá, Australia, India, etc., pero también en Alemania, Austria, la Federación Rusa y en algunos ordenamientos de América Latina.

Al combinar las diversas variables se puede distinguir entre sistemas unitarios (casi) integralmente concentrados (en los que un único Tribunal ejerce todas las competencias propias de la justicia constitucional) como España, Italia, Bélgica, Francia, Rumanía, etc.; sistemas plurales parcialmente concentrados, en los que cada uno de los niveles territoriales cuenta con un solo órgano habilitado para ejercer la justicia constitucional, aunque en el conjunto del ordenamiento convivan distintos

Tribunales Constitucionales (Alemania, Austria); sistemas plurales parcialmente descentralizados, en los que la función está distribuida entre los jueces ordinarios y un Tribunal Supremo, pero no existe superposición de niveles (ordenamientos no federales del *common law*, Portugal, Grecia y otros), y sistemas plurales integralmente descentralizados (países del *common law* federales, como los EE.UU., Rusia, algunos países federales de Latinoamérica como México, Brasil y Argentina, etc.).

Dentro de alguna de las clases coinciden algunos matices: por ejemplo, en Italia, Alemania y otros ordenamientos donde existe el control incidental, existe una concurrencia de los jueces ordinarios en la selección de los casos que se plantean respectivamente a la Corte Constitucional o al Tribunal federal o a aquellos de los *Länder*. En el Norte de Europa, en Japón y en México los jueces ordinarios *de hecho* no inaplican nunca o casi nunca la ley inconstitucional.

En una línea gradual de izquierda a derecha, se podrían colocar en el primer extremo alguna experiencia histórica de total concentración (Austria en los primeros años, Francia antes de la reforma de 2008 con la introducción de la *question prioritaire*), pero difícilmente se podrían encontrar ejemplos de plena descentralización. El efecto visual es de un amontonamiento de los distintos sistemas en la zona de la izquierda de la línea.

C. Las funciones ejercitadas y el bien tutelado

El papel y la posición de la justicia constitucional en cada ordenamiento se perciben también desde el tipo de función ejercitada y de los bienes tutelados.

A este respecto cabe distinguir, como modelos ideales, entre sistemas monofuncionales y plurifuncionales (o, según la clasificación de Bagni y Nicolini, nomocráticos y pantocráticos). En relación con el núcleo originario de las funciones ejercitadas (control de las competencias y de

la ley), algunos Tribunales se han visto beneficiados por nuevas atribuciones, como, por ejemplo, control de las elecciones y de los referéndum, valoración de la democracia de los partidos, intervención en el *impeachment*, actividad de asesoramiento, verificación de las condiciones de elegibilidad, parecer sobre la adopción de estados de emergencia, etc., que en algunas circunstancias enfatizan el papel de forma mayor respecto a lo que pasa con la normal actividad de control de constitucionalidad de las leyes y de las competencias de los entes. También con este fin la partición no es nada nítida, al atender a la variedad de las soluciones escogidas. Seguramente, los sistemas plurifuncionales son una clase amplia (más bien, casi totalmente predominante),⁶² pero graduada: comprende de hecho sistemas donde la Corte desempeña dos funciones principales (control sobre las leyes en sede contenciosa y la actividad de consulta, como en Canadá), así como donde junto al control de constitucionalidad de las leyes desempeña otras numerosas funciones (como en Alemania o en Francia o en algunos ordenamientos del este de Europa).⁶³ Parece quedar excluido, sin embargo, que la diferencia transcurra sobre la línea de la distinción entre las Cortes Supremas y las Cortes especializadas. También a las primeras, de hecho, muy a menudo son asignadas competencias "ulteriores" exclusivas.

A grandes rasgos, a la primera categoría pertenecen muchas Cortes de los ordenamientos de *common law* (entre otras: algunas latinoamericanas y las Cortes del norte de Europa), donde sus competencias han quedado sustancialmente reducidas a las tradicionales; la segunda, aquellas europeas clásicas (Alemania, Italia, España, además de Francia), y aquellas del este del viejo continente.

En cuanto al bien tutelado, donde está previsto el recurso individual directo, prevalece —aunque no de manera exclusiva— la actividad de

⁶² Bagni, S. y Nicolini, M., *op. cit.*

⁶³ Baldin, S., *Le "altre funzioni" delle Corti costituzionali con particolare riferimento agli ordinamenti dell'Europa centro-orientale*, cit.

defensa de los derechos; esta deriva obviamente de la solicitud causada del número de recursos presentados por los ciudadanos y los otros sujetos titulares, que es siempre mucho más elevado. Sin embargo, la clasificación es susceptible de variables.

Sobre todo, también donde no hay recurso directo de los ciudadanos, las Cortes se encargan de asegurar la tutela de las libertades, aunque sólo sea contemplada alguna forma de control concreto. La tutela de las competencias es recesiva por razones cuantitativas. Pero puede suceder que, en determinada fase de la historia, una Corte se encuentre con que tiene que enfrentar fuertes flujos de recursos para la tutela de las competencias, como ha sucedido en España e Italia en momentos caracterizados de un copioso contencioso entre el centro y la periferia (en Italia, después de la reforma del Título V de la Constitución).

La escala tiene pues su ápice en los sistemas de los ordenamientos latinoamericanos, muchos del este de Europa y de la antigua URSS, más abajo España, donde al tema de amparo se añade el de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aún más que en Italia (por las razones mencionadas) y Alemania (donde el conflicto entre los entes y los órganos no es intenso, y ni siquiera la *Verfassungsbeswerde* es abusada, por si es más utilizado el control concreto); tiende hacia este extremo el sistema de los Estados Unidos, el de Israel, un poco menos el de Canadá, donde se presentan también casos de conflicto entre el centro y la periferia y aquellos conectados a la *First Nation* (los nativos), y así sucesivamente, hasta el otro extremo, donde se sitúan, como en otras circunstancias, los prototipos de Francia y Austria.

D. La amplitud del parámetro

La importancia del parámetro a fines clasificatorios encuentra su justificación tanto teórica como empírica.

Sobre la primera, la constatación que con la progresiva externacionalización del parámetro —expandido de la "ley a la que estemos sujetos por

obligaciones mayores", la Constitución, a los tratados internacionales—ha desaparecido la justificación original que indujo a los artífices de los modelos más antiguos, los arquetipos, a justificar la prevalencia de la *higher law* sobre la ley ordinaria. Es cierto que, si Hamilton consideraba como suprema ley del País a la Constitución, la misma Constitución afirmara posteriormente en su artículo VI, § 2, que también los tratados la representan; y también es sabido que Kelsen apoyó sobre todo en sus obras más tardías la superioridad del derecho internacional.⁶⁴ Los tratados sin embargo no se aprueban directamente, sino por sus representantes, al igual que las leyes. A diferencia de la Constitución, son aprobados bajo las distintas modalidades del poder constituido, por los representantes, y al igual que las leyes (u otras actas que los incorporan en un ordenamiento) a menudo se someten al control de constitucionalidad. En algunos casos, la adhesión a los tratados internacionales que colisionan con la Constitución es admitida sólo tras la modificación de la misma. Existe entonces una diferencia profunda entre las razones que justifican la superioridad de la Constitución (las que produce como consecuencia el control de constitucionalidad) respecto de aquellas que inducen a parametrizar los tratados.

Sin embargo, en los Estados Unidos de Norteamérica y otros pocos países, los tratados son aprobados por el Senado por una mayoría de 2/3, es decir, con una mayoría suficiente, en muchos Estados, para reformar la Constitución (Kelsen al contrario no insiste en la flexibilización de la Constitución que depende de la incorporación de tratados aprobados por mayoría simple; entonces, en la función contramayoritaria de la Constitución, en la distinción entre poder constituyente y poder constituido.) Muchos ordenamientos establecen como parámetro todos los tratados o únicamente los tratados, convenios u otros documentos en materia de derechos, mientras que otros imponen a los poderes estatales, y en particular a los jueces, interpretar cualesquiera otras disposiciones

⁶⁴ Cfr. *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard U.P., 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milán, Etas-Kompass, 1966, especialmente las pp. 332 y ss.

conforme a ellos, sin las garantías que en los Estados Unidos asegura la mayoría reforzada, con función contramayoritaria.⁶⁵

En algunos países la Constitución, no sólo la ley, debe adecuarse a los tratados, como reconoce la jurisprudencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.⁶⁶ Esto parece expresar —casi como si se tratase de un recurso histórico— la supremacía del iusnaturalismo expreso del derecho internacional, que reenvía a la primordial acepción de la "Ley superior" como parámetro metafísico y no positivizado. Se requiere entonces distinguir los sistemas en los cuales los tratados están por debajo de la Constitución, de aquellos donde están al mismo nivel y de aquellos en los cuales éstos se encuentran sobre la Constitución.⁶⁷

Las razones empíricas de la importancia del parámetro son determinadas no sólo por la constatación de que van creciendo los ordenamientos que acogen la segunda o tercera de las soluciones indicadas, sino también del hecho que, donde el Parlamento está limitado por la falta o carencia de disciplina de los derechos en el texto constitucional, el control de constitucionalidad se desarrolla de manera cuantitativa y cualitativamente diversa de donde sucede lo contrario.

En medida menos relevante, también la estructura de la llamada parte orgánica de la Constitución puede influir sobre la colocación de un

⁶⁵ Cfr. Bagni, S., *Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione*, en Butturini, D. y Nicolini, M. (eds), *op. cit.*, I, y en Álvarez Conde, E. (coord.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017.

⁶⁶ Para una reconstrucción y varios ejemplos véase Ferrer Mac-Gregor, E. et al., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, especialmente las pp. 647 y ss. Por último, Ragone, S. *Las tres vertientes del impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH en el continente americano: itinerarios para investigaciones multidisciplinarias*, en Santolaya Machetti, P. y Wences Simón, I. (eds.), *La América de los derechos*, Madrid, CEPC, 2016, pp. 435 y ss.

⁶⁷ En la inmensa bibliografía sobre el control de convencionalidad, v., entre las más recientes, Nogueira Alcalá, H. (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2012; Id., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2013; Id., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, Ubijus, 2014; Ferrer Mac-Gregor, E. y Herrera García, A. (eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant Lo Blanch México, 2013.

sistema más hacia un lado en las direcciones respectivas. En ocasiones existe una intensa constitucionalización del derecho parlamentario (Francia, Rumanía).⁶⁸ Algunos textos —por ejemplo, los de Grecia y Georgia— dictan reglas minuciosas en lo que se refiere al sistema de formación del Gobierno, por lo que se parametriza prácticamente todo el proceso, una materia que en otros sistemas por lo general se encomienda a reglas no justiciables (acuerdos y convenciones parlamentarias). En este sentido, se toma en consideración también el elemento representado por la asunción de convenciones y costumbres constitucionales como parámetros: se trata de un proceso *in fieri*, cuyos primeros signos se ven en la jurisprudencia de algunos países como Canadá e Israel (actualmente también en Italia).⁶⁹

Se debe tomar en consideración también la inclusión en el parámetro de normas interpuestas: leyes orgánicas (en su totalidad o sólo en su "espíritu", como las ordenanzas orgánicas francesas); las leyes de delegación (Italia y España), reglamentos parlamentarios (hipótesis normalmente no contemplada en la realidad).⁷⁰

La misma jurisprudencia constitucional concurre finalmente a darle el alcance al parámetro y asignar un papel en tal sentido también a los principios y valores por ella individualizados, a pesar de la ausencia de expresiones explícitas en el texto.⁷¹

Por tanto, la línea debe ser llenada utilizando varios elementos. Un sistema basado en una Constitución no sólo larga, sino racionalizada, articulada,

⁶⁸ Pegoraro, L., *Il Governo in Parlamento. L'esperienza della Vª Repubblica francese*, Padua, Cedam, 1983.

⁶⁹ Para Canadá un análisis de la jurisprudencia (con base en la cual, si bien la violación de convenciones no puede ser sancionada, las Cortes pueden conocer del asunto), se encuentra en Frémont, J., "Le fonti del diritto costituzionale canadese", en Frémont, J., Lajoie, A. et al., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Turín, Giappichelli, 1997, pp. 35 y ss. Sobre Italia Razzano, G., *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2002.

⁷⁰ Véase al respecto Pegoraro, L., *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padua, Cedam, 1990, especialmente las pp. 37 y ss.

⁷¹ Lajoie, A., *Jugements de valeurs*, París, Puf, 1997.

detallada en la parte orgánica, en la cual la Corte Constitucional o Suprema utilice la costumbre, convenciones, principios y valores como parámetros de juicio, abandone cada concepción *strict constructionist* y sea levemente influenciado por la *deference*, presentará características diversas de otros desde el punto de vista en examen, incluso donde uno solo de estos elementos falta.⁷²

Desde esta perspectiva, los sistemas pueden subdividirse —teniendo en cuenta los distintos grados— en limitados y amplios (de "parámetro limitado" y de "parámetro amplio"). En los primeros, los Tribunales toman como parámetro solamente la Constitución o incluso parte de ella (como sucedía en Bélgica hasta la reforma de 2003, en Francia hasta 1971, en los EE.UU. hasta la introducción de los *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción de la *Charter*); en los segundos, junto a la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad (además de las leyes orgánicas, en algunos casos, y de otras fuentes) también los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (como sucede por ejemplo en varios países latinoamericanos o pertenecientes al antiguo Pacto de Varsovia) o, en Europa, las normas internacionales que regulan la estructura y la actividad de la Unión.

Una vez más las clases son dúctiles, con amplios elementos de superposición, pero también con sectores compartidos.

E. El objeto

Los distintos sistemas de justicia constitucional generalmente contemplan mecanismos para extender el control más allá de la ley.

Los actos sub legislativos están sujetos al control de constitucionalidad en cualquier sistema donde exista un recurso directo por la lesión de los

⁷² Pegoraro, L., "La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee", en *Diritto e società*, n. 1, 1994, pp. 21 y ss., y en Aa.Vv., *Scritti per U. Scarpelli*, Milán, Giuffrè, 1997; Id., "Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni diacroniche e sincroniche sui testi normativi", en *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 20, 2017, p. 91.

derechos garantizados por la Constitución; así ocurre, de forma general en la familia de *common law*, pero también en *civil law* el juez administrativo puede anular un reglamento que resulte contrario a la Constitución, y el juez ordinario puede inaplicarlo. En sede de regulación de las competencias de órganos y entes, además, las Cortes Constitucionales pueden conocer (y si se da el caso declarar la inconstitucionalidad) de actos administrativos cuyo contenido resulte una violación de las respectivas atribuciones.

Por encima y/o al lado de la ley, son controlables normas interpuestas como las leyes orgánicas o reforzadas (siempre en relación con el procedimiento de adopción, y casi siempre con referencia al contenido sustancial), y las leyes de delegación. Los tratados, aunque a menudo parametrizados (Estados Unidos, América Latina, Rumanía, Moldavia), en muchos casos son sometidos a control de constitucionalidad, no sólo en cuanto a lo que se refiere a los eventuales vicios de la ley que ratifica, sino incluso a aquellos relacionados con cuestiones sustanciales (Francia, Alemania), o al menos aquellos que inciden sobre el llamado núcleo esencial de la Constitución (Italia).

Los reglamentos parlamentarios, no sometidos al control en algunos ordenamientos (como Italia), en otros pueden ser sometidos sea eventualmente, sea obligatoriamente (Francia, Rumanía).⁷³

Junto a la Constitución, algunos ordenamientos admiten incluso el control de las mismas leyes de revisión constitucional. Cuando esto sucede cambia la misma naturaleza del control de constitucionalidad, respecto de su finalidad originaria, lo que provoca una eversión de las clásicas teorías sobre el control de constitucionalidad: siempre más frecuente, en las

⁷³ Un análisis comparativo, aunque se remonte en el tiempo, en Cicconetti, S. M., *Regolamenti parlamentari e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato (Stati Uniti, Germania federale, Italia)*, Padua, Cedam, 1979; más recientemente, en Floridia, G. G., *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1986.

últimas décadas Cortes y Tribunales Constitucionales asumen como objeto de control las mismas leyes de revisión constitucional.⁷⁴ Si los jueces de las leyes están acostumbrados a criticar en la forma y/o en el mismo contenido la revisión constitucional, como ocurre en muchos ordenamientos o por expresa disposición de la Constitución o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en *todas* sus manifestaciones. Se desplaza a otro lugar, entonces, la pregunta inicial puesta por Hamilton, por la filosofía política francesa

⁷⁴ Sobre este punto Ragone, S., *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bolonia, Bup, 2011, trad. esp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, México, Porrúa, 2012; Id., "¿Cómo compaginar control judicial y participación popular en las reformas constitucionales?", en Bagni, S., Figueroa Mejía, G. A. y Pavani, G. (coords.), *op. cit.*, I, pp. 1213 y ss.; Id., "El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada", en *Teoría y realidad constitucional*, n. 31, 2013, pp. 391 y ss.; Id., "El control de las reformas constitucionales en el derecho comparado: cuestiones metodológicas", en Bagni, S. (ed.), *Justicia constitucional comparada*, cit., pp. 319 y ss.; Id., "Función judicial y reforma constitucional", en Ragone, S. (ed.), *Desafíos de la función judicial. Un acercamiento desde el derecho público comparado*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, pp. 99 y ss.; Bagni, S., *Justicia constitucional y procesos constituyentes*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017. Sobre la importancia que tiene este control (siempre más frecuente) sobre la revisión constitucional *cfr.* Gözler, K., *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa (Turquía), Ekin Press, 2008; Góngora Pimentel, G., "El control de la reforma constitucional", en Vega Gómez, J. y Corzo Sosa, É. (eds.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 239 y ss. (con particular referencia al contexto iberoamericano); Aa.Vv., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2005; Ramírez Cleves, G. A., *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Zúñiga Urbina, F., "Control de constitucionalidad de la reforma constitucional", en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, 2, 2006, pp. 429 y ss.; García Belaunde, D., "Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)", en *Rev. der. pol.*, n. 66, 2006, pp. 477 y ss.; Flores, I. B., "Sobre la (in)constitucionalidad de "reformas constitucionales": a propósito de los casos de Chiapas, Michoacán y Oaxaca", en *Cuest. Const.*, n. 17, 2007, pp. 259 y ss. Si se quiere, Pegoraro, L., "Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución", en *Pensamiento const.*, n. 6, 1999, pp. 221 y ss., en *Rev. Cortes Gen.*, n. 47, 1999, pp. 7 y ss., y en Id., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, pp. 209 y ss. Finalmente, varios contenidos del cap. VII ("Temas de reforma constitucional") del t. II de Häberle, P. y García Belaunde, D. (eds.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 vols., México, UNAM, 2011, pp. 383 y ss. y Iide-Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, Lima, 2012 (con contribución de Zúñiga Urbina, F., Ferreyra, R. G., Nogueira Alcalá, H., Salazar Ugarte, P., Hernández Valle, R., Haro García, J. V. y Haro, R.), y en el libro de Torres Estrada, P. R. y Nuñez Torres, M. G. (eds.), *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México, Porrúa, 2010.

y luego por Schmitt y por Kelsen: la pregunta hoy no es (sólo) «¿quién controla la ley?» o «¿qué legitimación tienen los jueces para anular los actos del pueblo soberano, decisiones de la mayoría de sus representantes?» (Cuestión que ni siquiera en algunos ordenamientos latinoamericanos teñidos de populismo y socavados por una tradición caudillista que hoy casi nadie hace), sino más bien «¿puede el mismo pueblo soberano, incluso con los procedimientos establecidos por el pacto constituyente, modificar el mismo *en su núcleo duro*?» y, en consecuencia, "«¿quién es el custodio de tal pacto?»».

En definitiva, se debilita la misma idea de Sieyès sobre la distinción entre los dos diversos poderes, si la imparable expansión del objeto del control no mira a poner las leyes y otros actos al imperio de la Constitución, sino a someter a control el mismo poder de revisión, por parte de un órgano del poder constituido.⁷⁵

Ulteriores factores que pueden concurrir a una clasificación son aquellos representados por la obligatoriedad o no del control sobre determinados actos. Existen algunos actos objeto de control sólo eventual y actos que no pueden escapar al control de las Cortes: es el caso de los reglamentos parlamentarios y de las leyes orgánicas en Francia y Rumanía (obligatorio), y de los tratados en algunos países del este de Europa, como Bulgaria,

⁷⁵ De la aceptación de la teoría sustancial de la Constitución —como la de Schmitt, C., *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 109 y ss., que la concibe como un todo orgánico de valores éticos y políticos— o de teorías formalistas y normativistas de la misma (por todos Kelsen, H., cit., pp. 251 y ss.) dependen importantes consecuencias en lo referido a la relación entre poder constituyente y poder de revisión, y en definitiva los límites a los que estaría sometido este último. Simplificando: quien acoge a la primera tesis, luego de haber decidido qué forma parte del "espíritu" de la Constitución, considerará ejercicio de poder constituyente —y por tanto *extra ordinem*— todas las modificaciones que entrañan tal "espíritu"; quien parte de la visión antiética, no haciéndose condicionar por lo que resulta difícilmente medible (qué cosa es "espíritu" y qué cosa no lo es), considerará ilegal la revisión hecha contraviniendo el procedimiento previsto.

Las visiones opuestas sobre los límites al poder constituyente tienen raíces antiguas, y se juntan al debate, surgido en 1700 en Europa sobre todo por Condorcet, y en América por Jefferson y Paine, sobre el (denegado) derecho de una generación a vincular a la sucesiva, «de los muertos de vincular a los vivos». Entre los libros más intensos sobre esta materia véase Klein, C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, París, Puf, 1996, en especial pp. 141 y ss.

Eslovenia, Ucrania, Polonia, Rumanía. Todo ello contribuye a diferenciar también cuantitativamente el abanico de los actos sometidos a juicio de constitucionalidad.⁷⁶

Con base en el elemento objetivo, los sistemas de justicia constitucionales pueden ser colocados en una línea ideal según sean más o menos integrales (*recte*, "con objeto integral"), cuando las Cortes pueden conocer sobre la ilegitimidad de las leyes, de los actos administrativos, de actos políticos, de fuentes intermedias entre la Constitución y las leyes, de tratados, y de las propias leyes de revisión, o pueden ser parciales (*recte*, "con objeto parcial"), con control sólo sobre las leyes, y, con procedimientos diversos, actos administrativos. En un extremo de esta línea ideal se colocan, por ejemplo, en virtud de expresas disposiciones constitucionales que contemplan también el control sobre las leyes de revisión, Chile, Bolivia, Moldavia, Colombia, Panamá, Sudáfrica y algún otro; y en consecuencia de su misma jurisprudencia constitucional, Italia. En otro extremo de la línea, los ordenamientos donde el control está circunscrito a las leyes (y en distinta medida los actos administrativos), el poder de revisión aparece más libre y las leyes que modifican la Constitución están menos sujetas a vínculos formales o sustanciales.

F. Los sujetos y la modalidad de acceso

La clasificación realizada con base en los sujetos y en las modalidades de acceso a las Cortes se relaciona a otras que se refieren a factores contiguos, como la naturaleza previa o sucesiva, concreta o abstracta del control, o su vertiente prevalentemente concentrada o difusa. Un procedimiento de acceso concreto, anclado a los casos jurisdiccionales, amplía la gama de las ocasiones para controlar una ley.

⁷⁶ Desde otro punto de vista —el temporal— pueden ser más o menos objeto de control las normas preconstitucionales. Normalmente, lo son, si no desde un punto de vista de su formación, desde el sustancial. Véase a propósito el análisis comparado de Orozco Solano, V., *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, México, Ead-Ubijus, 2012.

El nombre —recurso, incidente, cuestión o excepción— no tiene importancia estratégica si se trata de una variable que depende (además de la traducción) de la configuración de cada sistema procesal: por ejemplo, en el artículo 89 de la Constitución de Georgia, se utiliza indistintamente la expresión "recurso" e "instancia", se trate de órganos centrales del Estado o de Entes territoriales, o sean jueces ("órganos del poder judicial").

También esta clasificación, pensando en sistemas y no en modelos, tiene un carácter relativo, en cuanto normalmente conviven más modalidades y por tanto se basan sobre criterios cuantitativos y de prevalencia. Más que un sistema que diversifica y abre sus puertas de acceso, tanto más el papel del control de constitucionalidad resulta lleno y estratégico en el ordenamiento global, concurriendo a la definición de la forma de Gobierno (si no de la misma forma de Estado), al equilibrio entre poderes y al desarrollo de las relaciones entre instituciones y sociedad, entre autoridad y libertad.

La clasificación en razón al tipo de acceso puede ser analizada también desde un punto de vista diacrónico. La tendencia es ampliar, no restringir el acceso: el arquetipo kelseniano proponía un acceso circunscrito, sobre el recurso de pocos órganos o entes, pero a tal riesgo se puso remedio con la reforma de 1929, y después con la de 1975 que contempla también los Tribunales de segundo grado, con la reforma de 2012 que extiende el acceso a los Tribunales administrativos de los *Länder* y con las innovaciones, vigentes desde 2015, que se abren para todos los jueces ordinarios.⁷⁷ Ahora emblemático, es el caso francés, que ha resistido largamente manteniendo sólo el recurso previo, aunque fuese con la posibilidad de la *saisine parlementaire* en 1974, pero ha aceptado finalmente —anticipado de las ex colonias— añadir al recurso la *question prioritaire*, de tal forma

⁷⁷ Véase Calamo Specchia, M. y Montanari, L., "Introduzione", en Id., *L'accesso in via indiretta alle Corti costituzionali: un modello per l'Europa?*, sección monográfica de *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2014, p. 333.

que tiene correspondencia con la gran mayoría de los sistemas de justicia constitucional. Puede ser citado también el caso de Hungría, que después de la abolición de la acción popular con la Constitución de 2012, ha introducido tanto el recurso individual contra los actos individuales (incluidas las sentencias), como contra leyes y otros actos jurídicos, con lo que mantiene también el acceso incidental sobre la iniciativa del *Ombudsman*.⁷⁸

Casi todos prevén, sin *ab origine*, el doble mecanismo: recurso de entes y órganos, e incidentes, decididos directamente por los jueces (*common law*, Argentina y en parte América Latina), o bien tramite reenvío a un Tribunal especializado o a la Corte Suprema (Alemania, Italia, España, este de Europa, antiguas colonias francesas, Corea).

Un peso muy relevante a fin de la clasificación en cuestión lo tiene la atribución a los ciudadanos de impugnar delante de las Cortes actos lesivos de derechos garantizados directamente por la Constitución. En algunos casos (Alemania, México) el objeto puede ser también una ley.

Sobre la característica de los sujetos implicados, en un extremo de la línea se colocan entonces los ordenamientos "cerrados" que limitan el acceso a entes u órganos del Estado (Francia hasta los años 70, Austria en el modelo originario), en el otro (aunque en distinta medida) de diversa forma los sistemas "abiertos", en los que el control concreto tiene como protagonista, aparte de entes u órganos, a los jueces, y en los que el acceso, a través del amparo, la *Beschwerde* y otras figuras similares, está asegurado también a todas las personas físicas (y a veces a las jurídicas).

La graduación en la amplia sección mediana ve poco a poco ir de izquierda a derecha los sistemas que atribuyen la titularidad de la ins-

⁷⁸ Vid. Kelemen, K., "L'accesso individuale indiretto alla Corte costituzionale ungherese", cit., pp. 433, 438 y ss.

tancia (cuestión, excepción) sólo a los Tribunales de vértice, o a todos los jueces llamados a ejercitar justicia en un caso juzgado, con la posterior variable de cuáles son los titulares de recursos (si el ordenamiento es descentrado, también si los entes periféricos alimentan la justicia constitucional en su complejo; a veces aparece el Defensor del Pueblo). En otro lado, orientado al pluralismo se podrían colocar los sistemas alemanes y españoles, que reagrupan todas estas variables (recursos de varios órganos centrales, recurso intersubjetivo entre Bund y *Länder*, o entre Estado y Comunidades Autónomas, recurso directo de los ciudadanos, control incidental por parte de los jueces). En parte, dentro de la clase dúctil a las que pertenece la República Federal Alemana, pero no del todo incluido en esa, pueden colocarse varios ordenamientos concentrados del este de Europa, que prevén todas estas modalidades, menos el recurso intersubjetivo (sin ser estos federales). Así más o menos puede ser situada Italia, donde falta el recurso directo de los ciudadanos, aunque la tutela de sus derechos y libertades está asegurada por el recurso incidental.

G. La tipología y los efectos de las sentencias

En cuanto a los efectos de las sentencias, la clásica distinción formulada por Calamandrei y Cappelletti entre la eficacia declarativa y la eficacia constitutiva de los pronunciamientos parece perder parte de su prevalencia de frente a otros elementos que emergen de la evolución de varios sistemas. Estos enfatizan la naturaleza de las sentencias estimatorias y consideran también los efectos que consiguen de las sentencias de rechazo y de las así llamadas intermedias. Una diferencia que atraviesa todos los ordenamientos de derecho codificado es la diferencia entre decisiones que expulsan disposiciones y/o normas, y otras que al revés simplemente declaran infundadas las cuestiones planteadas. Estas últimas generalmente (aunque no siempre) no determinan efectos preclusivos a eventuales futuras excepciones (Italia, España, Alemania). Más bien, se evidencia que, donde el control de constitucionalidad es preventivo, el efecto

de una declaración de constitucionalidad de una ley o de sus disposiciones puede ser definitivo (como sucede en Irlanda), no diversamente de lo que ocurre con una sentencia de rechazo (que en algún caso produce efectos *erga omnes*: por ejemplo, en Bélgica).⁷⁹

Con fines clasificatorios estratégicos, aparecen entonces más elementos diversos de la naturaleza declarativa o constitutiva.

En primer lugar, aquellos conectados a las características tipológicas. Excluido desde el principio que la gama de opciones podría limitarse a la alternativa de estimación/rechazo, los Tribunales utilizan en modo más o menos intenso sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas, de dirección, etc. En el *common law*, es la *ratio decidendi* la que vincula; pero también en el *civil law* son las máximas, los principios expresados en las motivaciones los que producen efectos análogos, sea respecto a la jurisprudencia que al legislador. Así como los dispositivos de reenvío a las motivaciones, que se ven en las sentencias interpretativas.

La división corta transversalmente la dicotomía existente entre concentrado/difuso, así como la constitutiva/declarativa y las diversas familias jurídicas.

Sólo en pocos casos, las constituciones y las leyes sobre derecho procesal constitucional ordenan la materia. Frecuentemente, hoy se rompe con el pasado introduciendo reglas sobre la constitucionalidad por omisión y

⁷⁹ El control sucesivo resulta más ventajoso desde el punto de vista de la economía jurídica: en primer lugar, permite a los jueces salvar la vigencia de las disposiciones que, de otra manera, podrían en vía preventiva ser susceptibles de sentencias de inconstitucionalidad. Además, y sobre todo: de una parte se evita que cuestiones abstractas, relativas a asuntos que no se realizan en la vida cotidiana, que no afectan a intereses justiciables, sean debatidos por las Cortes Constitucionales; por otra parte, impide que interpretaciones inconstitucionales de una disposición escapen del control. Argumentos a favor del control previo en Blanco De Morais, C., *Justiça Constitucional II. O direito do Contencioso Constitucional*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra ed., 2011, pp. 26 y ss., y en Duhamel, O. y Tusseau, G., *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 4a. ed., Paris, Seuil, 2016, pp. 902 y ss. (también con la admisión de sus límites: pp. 911 y ss.).

sobre efectos temporales de los pronunciamientos. En ausencia de normativa, a menudo las crean las mismas Cortes.⁸⁰ Mientras en algunos sistemas de justicia constitucional los jueces no manifiestan ninguna rémora en la modulación de las sentencias (desde los Estados Unidos a Canadá, Alemania o Italia y Francia), y se adaptan a los casos la tipología, con lo que se crea así derecho procesal más que derecho sustancial, en otros, razones relacionadas con la cultura jurídica sirven como freno a la creatividad procesal de las Cortes (ejemplo: México).⁸¹

Un último elemento que puede ayudar a clasificar los sistemas de justicia constitucional desde la óptica en examen está representado por los efectos directos de los pronunciamientos: esto influye sobre el poder de las Cortes dar peso a las propias decisiones y sus efectos entre las partes, siempre directo en algunos casos (como en Estados Unidos y España), indirectos (o más indirectos) en otros casos, como en Italia.

El examen de los sistemas en clases caracterizadas por amplias áreas de superposiciones se articula entonces según varios elementos: la presencia de tipologías más o menos diferenciadas de decisiones; los efectos más o menos vinculantes no sólo de las sentencias de inconstitucionalidad, sino también de las otras; la capacidad (y el poder efectivo) de articular tales tipologías, el dominio sobre efectos temporales; el poder de sancionar las violaciones o incumplimientos.

La principal división depende de la autonomía o la heteronomía en la creación del derecho procesal constitucional, la mayor o menor concen-

⁸⁰ Véase entre tantos, sobre la inconstitucionalidad por omisión, Gómez Puente, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, MacGrawHill, 1997; Villaverde Menéndez, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGrawHill, 1997; Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. Derecho español*, Madrid, Civitas, 1998; Bazán, V. (ed.) *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997. Sobre los efectos temporales, Butturini, D. y Nicolini, M. (eds.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Nápoles, Esi, 2014.

⁸¹ Véase Figueroa Mejía, G. A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, cit., 2011.

tración en las Cortes del poder de autodeterminar las reglas del proceso, no sólo en las fases de introducción e intermedia, sino también en las fases finales donde se producen los efectos: la sentencia. Esa puede ser una variable de reglas constitucionales o legislativas precisas o imprecisas, extensas o menos extensas, pero también de factores que operan como criptotipos (la actitud del juez frente al poder normativo).

Fuera de un análisis diacrónico (para el cual, como en otras clasificaciones, Austria y Francia de los arquetipos resultan los sistemas más limitados), la observación empírica nos da hoy un conjunto de *sets* muy complejo: casi todas las Cortes emiten varias tipologías de sentencias, y casi todas lo hacen en plena autonomía, por lo que prescinden de expresas previsiones. Algunas no se frenan en su creatividad (de USA de *Roe vs Wade* hasta Alemania), otras son más prudentes (América Latina, pero sólo en algunos casos). En determinadas circunstancias puede operar la inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos son susceptibles sólo de sanciones políticas (Portugal y Brasil). Muchas dominan los efectos temporales, bien por previsión constitucional (ejemplo: Austria), o bien por su propia autodisciplina (Italia). Algunas pueden imponer la ejecución (España), otras deben conformarse con la intermediación de poderes diversos (Italia).

H. Conclusiones

Los elementos considerados se pueden sumar, eventualmente, atribuyendo a cada uno valores ponderados distintos: la Corte "más fuerte", más "política" —*the most dangerous branch*— es aquella que tiene el monopolio de las funciones, que es independiente, que es ampliamente solicitada de sujetos varios y con ritos alternativos; que tiene por objeto de su escrutinio varios actos jurídicos, de génesis, naturaleza, jerarquía y eficacia diferentes, incluso las leyes de revisión constitucional; que puede utilizar un parámetro muy extenso; desenvuelve funciones complementarias y accesorias; que se vale de una extensa tipología de decisiones;

que puede hacerlas directamente eficaces, sin la intermediación de otros poderes; que por razones históricas y culturales es escasamente deferente hacia el poder político...⁸²

⁸² Ello poco tiene que ver con la dicotomía propuesta por Tushnet, entre una *strong-form judicial review* de una *weak*, individuadas sustancialmente del hecho que la prevalencia en tema de interpretación de la Constitución sea confiada a los órganos judiciales correspondientes, o a una especie de diálogo entre ellos y los Parlamentos: véase Tushnet, M., *Weak Court, Strong rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton U.P., 2008; Id., "The Rise of Weak-Form of Judicial Review", en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, pp. 321 y ss.; y con anterioridad Id., "Alternative Forms of Judicial Review", en *Michigan Law Review*, n. 101(8), 2003, pp. 2781 y ss.; Id., "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties", en *Harvar Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 41, 2006, pp. 1 y ss. De la misma forma, podría estar medido el peso de la función de control de constitucionalidad, analizando, junto a los elementos anteriormente indicados, la integración que el control jurisdiccional tiene con el control político o con otras formas de control (por ejemplo: aquellas desvueltas por el Defensor del Pueblo).

2. Objeto y método de la interpretación constitucional

Raúl Canosa Usera*

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid de la que fue Decano. Director de la colección de Derecho Constitucional en la Editorial Reus. Fue miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y vocal de la Junta Electoral Central de España.

SUMARIO: A. Naturaleza y peculiaridades de la interpretación constitucional; B. Objeto y canon de la interpretación constitucional; I. Peculiaridades del objeto; II. Formas de manifestarse el objeto; III. La fórmula política de la Constitución y su importancia en la interpretación; IV. Control nomofiláctico y control nomotético; C. Método de interpretación constitucional; I. Un método complejo adaptado al objeto y a la finalidad de la interpretación; II. Utilidad e insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación; 1. Elemento literal; 2. Elemento sistemático; 3. Elemento histórico; 4. Elemento teleológico; III. Elementos sustanciales; 1. Evolutividad; 2. Politicidad; 3. Factor axiológico; IV. Otras herramientas de interpretación constitucional; D. Conclusión: los peligros de una interpretación constitucional sin método; E. Fuentes.

A. Naturaleza y peculiaridades de la interpretación constitucional

La interpretación constitucional se ha desplegado allí donde la Constitución ha ido operando como verdadera norma jurídica, tal como sucedió en Estados Unidos casi desde su fundación, mientras que, en Europa tuvo que transcurrir más de siglo y medio de constitucionalismo sin Constitución. Ésta sólo acabó considerándose norma jurídica porque hubo una necesidad colectiva de preservar el pacto político que —como lo fue mucho antes para asegurar el Estado federal estadounidense— la Constitución venía a formalizar, creándose el Estado social tras la Segunda Guerra Mundial.

Siempre, incluso ahora, surgen dudas acerca de la legitimidad democrática de la interpretación, ligadas a quienes la desarrollan. En efecto, los máximos intérpretes son con frecuencia considerados contramayoritarios, colocados por encima de los controles recíprocos que inspiran el

clásico entendimiento de la división de poderes y su labor es mirada con recelo. Por eso ha ido decantándose una deferencia de los supremos intérpretes, en especial, con el legislador democrático: el *self-restraint*¹ (autolimitación) parece ser el mejor valladar² frente a un poder que está al margen de la lógica de la división de poderes,³ porque el único control que pesa sobre él es el interorgánico, de carácter previo, cuando las instituciones llamadas a integrarlo escogen a sus componentes. No cabe un control posterior de sus decisiones ya que es el órgano de cierre del ordenamiento.

Bien es verdad que el supremo intérprete no es el único de carácter constitucional, pues hay otros⁴ que, con independencia del modelo de justicia constitucional que adopten, también hacen interpretación constitucional. Sin embargo, el intérprete supremo es el que, por decir la última palabra, fija la interpretación que vincula a todos y se convierte de una u otra manera en el amo de la Constitución.

¹ Sobre la evolución de la interpretación constitucional en Estados Unidos y el despliegue del *self-restraint*, *cfr.* Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991 y Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. En particular, acerca del originalismo, *cfr.* O'Neill, Johnathan, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005, también Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, Madrid, Civitas, 1989. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 612. Sobre la deferencia con el legislador, *cfr.* Papaspyrou, *op. cit.*, pp. 178 y ss; también Farber, Daniel A. y Sherry, Suzanna, *Judgment calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 35 y ss.

Necesidad de armonización que ha reiterado Manuel Aragón Reyes, por ejemplo, en uno de sus recientes trabajos "El futuro de la Justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 21, 2019, pp. 11 y ss.

² Mortati, Costantino, "Questione sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge", *Scritti*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1972, pp. 657 y ss.

³ *Cfr.* para todo, Stern, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009. También Ferreres Comella, Victor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Canosa, Raúl, "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, vol. I, pp. 237 a 259.

⁴ *Cfr.*, entre otros, Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, Merola Chierchia, Piero, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padua, Cedam, 1978, pp. 24 y ss. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2009, pp. 16 y ss. Asimismo, Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 43 y ss.

Además del *self-restraint* que se manifestó prontamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos mediante la noción de las *political questions*, también se encauza en la obligación natural que pesa sobre todo intérprete de motivar en derecho sus decisiones; las del intérprete supremo tampoco pueden fundarse en su nuda voluntad, sino en argumentos jurídicos. Por eso, la interpretación constitucional es, sin duda, interpretación jurídica,⁵ aunque presente particularidades⁶ que permitan hablar de una teoría específica de la interpretación constitucional. Las últimas interpretaciones también podrían sufrir el escrutinio de la opinión de la doctrina y de la opinión pública en general.

La deferencia con el legislador democrático —inspirada en el *self-restraint* y explicada por el *horror vacui* o temor de los intérpretes supremos a dejar sin efecto una norma aprobada por el legislador— ha llevado a generalizar la interpretación conforme a la Constitución de las normas enjuiciadas. A partir de la presunción de constitucionalidad, incluso en los sistemas de control concentrado, se termina haciendo un control nomotético, no sólo nomofiláctico, para descartar aquellas interpretaciones inconstitucionales de la ley; el expediente técnico para hacer tal cosa

⁵ Como subraya, entre otros, Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 615 y ss. En un sentido parecido Vigo, Rodolfo, *Interpretación (argumentación) en el Estado de derecho constitucional*, Santa Fe Argentina, Rubinzai-Culzoni, 2015.

⁶ Explicadas, por ejemplo, por Pierandrei, Franco, "L'interpretazione della costituzione", *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Turín, Spe, 1965, p. 649; Merola Chierchia, Piero, "L'interpretazione sistematica della costituzione", Padua, Cedam, 1978. Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 280; Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 15; Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 618; Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 126 y ss. A las especificidades de la interpretación constitucional se refiere también, entre otros, Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pp. 482 y ss.; Guastini, Riccardo, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, vol. I, pp. 653 y ss; Fondevila Marón, Manuel, *Los jueces de la Constitución y del pueblo*, A Coruña, Colex, 2021, p. 73; incluso Chester James Antieu prefiere referirse a "construcción constitucional", que abarcaría más que la simple interpretación, *Constitutional construction*, Londres-Nueva York, Oceana Publications, 1982, p. 10. También Riccardo Guastini que entronca esas peculiaridades con las diferentes teorías de la interpretación constitucional, en *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 53.

son las llamadas sentencias interpretativas⁷ que, empero, no dejan de suscitar controversia.

Como toda interpretación, la constitucional concreta, en un proceso de mediación entre la disposición general y la realidad, el sentido normativo de la disposición para aplicarla a la realidad que debe someterse a Derecho. Así entendida la interpretación sería el paso previo a la aplicación de la norma extraída. Hesse⁸ explica este proceso de mediación entre el programa normativo —disposición— y el ámbito normativo —la realidad donde se proyecta—. El proceso descrito de mediación presenta peculiaridades en la interpretación constitucional que atañen tanto a su finalidad como a su objeto y a su método. Por lo que concierne a su finalidad, lo específico es que debe preservarse la fórmula política de la Constitución,⁹ su identidad que conforman los principios esenciales cuyo desarrollo inmediato hallamos en el texto constitucional y luego en el resto del ordenamiento jurídico; se trata de un proceso constante de concreción que está llamado a realizar en primer lugar el legislador democrático. Desplegar la fuerza normativa de la Constitución es la primordial finalidad de la interpretación constitucional, lograr su "operatividad",¹⁰ activándola.¹¹ A su vera y con carácter instrumental, ha de asegurarse la regularidad formal y material de los actos de los poderes

⁷ Cfr. de manera especial, Garrarena, Ángel, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", *Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002, p. 1843. Díaz Revorio, Francisco Javier, "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas", *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, núm. 8, 2001, p. 177 y, también, Díaz Revorio, Francisco, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, op. cit., p. 35 y Figueroa, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 43 y ss.

⁹ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 75.

¹⁰ Como subraya Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 35. En un sentido similar, Calamandrei, Piero, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", en *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 7; Rodolfo Luis Vigo se refiere a la "optimación de la eficacia jurídica de la Constitución", "Directivas" de la interpretación constitucional, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., p. 1340.

¹¹ Hesse, Konrad, op. cit., p. 35.

públicos, en especial la del legislador (control de constitucionalidad). Debe también integrarse el orden jurídico con la interpretación conforme apuntada. Y como la Constitución regula lo político, el sometimiento de éste a derecho, a partir de su judicialización, implica una racionalización de lo político. Todo ello debería contribuir a cimentar un sentimiento constitucional,¹² un apego popular a la Constitución que refuerce el proceso integrador del Estado.¹³

B. Objeto y canon de la interpretación constitucional

I. Peculiaridades del objeto¹⁴

Como punto de partida hay que resaltar la diversa funcionalidad de las disposiciones constitucionales y su correlativa distinción material. Porque regulan lo esencial de la vida política (la garantía de los derechos y la división de poderes en una democracia: artículo 16 de la Declaración de 1789), justamente, se encuentran en la cúspide del orden jurídico. La manera de hacer valer la supremacía de la Constitución es la rigidez, de suerte tal que, sin duda, vincule al legislador democrático que no puede reformarla¹⁵ y que "en todo acto legislativo la Constitución sea aplicada".¹⁶ Al lado de la rigidez, el control de constitucionalidad convierte a las disposiciones de la ley fundamental en súper protegidas

¹² Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.

¹³ Una interpretación integrativa, como apunta Emilio Betti en *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1971, p. 141 y Lucas Verdú, en *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985, pp. 103 y ss. Visión de conjunto, la llama Rudolf Smend en *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 198.

¹⁴ Las cuales sintetizan muy bien Jorge Carpizo y Héctor Fix Zamudio en "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., p. 391. Rubio Llorente se refiere a las "diferencias estructurales" entre las disposiciones constitucionales y las demás, en Rubio Llorente, Francisco, op. cit., p. 617; cfr. Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., vol. I, pp. 501; Nieto, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 371 y ss; y Díaz Revorio, Francisco, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, op. cit., pp. 6 y ss.

¹⁵ Carbone, Carmelo, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Padua, Cedam, 1951, p. 20.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. 170.

pues, si esta garantía no existiese, la Constitución no sería obligatoria en sentido técnico.¹⁷

El intérprete constitucional es siempre consciente de la especialidad del objeto principal de su tarea,¹⁸ los enunciados lingüísticos que se hallan en la Constitución. También sabe que tales enunciados se ubican en las normas supremas del ordenamiento cuya rigidez¹⁹ las protege, incluso, frente al legislador democrático que está llamado a desarrollarlas, pero que no puede reformarlas ni derogarlas. El intérprete es, asimismo, consciente de que el fin de su tarea es preservar la Constitución frente al resto de las normas subordinadas a ella, es decir, hace valer el principio de supremacía constitucional; no deja de percibir que el contenido de esos enunciados lingüísticos es peculiar porque recogen los principios sustantivos de todo el ordenamiento. En otras palabras, dotan de identidad al orden jurídico conformando su fórmula política: los rasgos que lo particularizan. En definitiva, las disposiciones constitucionales presentan una distinta funcionalidad y un específico contenido material, cargado de politicidad y de una innegable carga estimativa, porque contienen las decisiones políticas fundamentales.

El supremo intérprete tampoco dejará de constatar la peculiar textura de las disposiciones constitucionales, pues, aunque compartan con cualquier otra disposición normativa su generalidad,²⁰ presentan un grado mayor de ambigüedad,²¹ pues con frecuencia se trata de principios, de los más altos principios del ordenamiento.²² Se emplean, entonces,

¹⁷ Kelsen, Hans, "La garanzia giurisdizionale", *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 199.

¹⁸ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., pp. 59 y ss.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 60 y 61.

²⁰ *Cfr.* Max Ascoli, "Tendenze interpretative della costituzione italiana", *Democrazia e diritto*, 1961, p. 53. H. L. A. Hart se refiere a la textura abierta del derecho en *El concepto de derecho*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 183; Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 61.

²¹ *Cfr.* Geny, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 284. Ronald Dworkin los denomina "estándares vagos" en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 212.

²² Merola Cherchia, Pietro, op. cit., p. 151.

cláusulas vagas²³ que deben rellenarse²⁴ en primer lugar por el legislador democrático, quien las desarrolla y genera un derecho infraconstitucional que acaba concretando en reglas principios en su formulación constitucional. Porque si la generalización necesaria de toda disposición normativa requiere el uso de "expresiones incompletas",²⁵ el grado de generalidad y abstracción de la mayor parte de las disposiciones constitucionales es aún superior. *Cedevole* dicen los italianos.²⁶ Tal vez porque son modernamente fruto de laboriosos acuerdos políticos.²⁷ Acabamos llegando al concepto explicado por Zagrebelsky²⁸ de *mitezza* —ductilidad—.

La textura de las disposiciones constitucionales se vuelve aún más compleja cuando advertimos que algunas de ellas anticipan la transformación futura de la sociedad; son las llamadas normas programáticas o promotoras.²⁹ Esta pretensión tan superlativa condiciona, de una suerte u otra, la tarea del legislador futuro, la orientación política por la que pueda optar, y condiciona asimismo la tarea del intérprete.

II. Formas de manifestarse el objeto

La sola interpretación de los preceptos constitucionales no agota la tarea del intérprete constitucional, ya que su objeto es más extenso y puede manifestarse de varias maneras. Para empezar, el intérprete ha de extraer

²³ "Openly evaluative", como explica Jerzy Wróblewski, "An Outline of a General Theory of Legal Interpretation", *La interpretación constitucional*, Universidad del País Vasco, 1985, pp. 37 y ss.

²⁴ Böckenförde explica, en relación con las disposiciones reconocedoras de derechos, que se requiere una interpretación no sólo "explicativa" sino también "rellenadora", en Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 44.

²⁵ Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema de Derecho Romano*, Madrid, Centro Editorial Góngora, 4a. ed., s.d., p. 192.

²⁶ Dogliani, Mario, *Interpretazioni della costituzione*, Turín, Franco Angeli, 1981, p. 75.

²⁷ Lavagna, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, Utet, 1984, p. 207.

²⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1993, p. 75.

²⁹ Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1984, p. 147. *Cfr.* También, Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 238.

el sentido de las normas de rango inferior cuando debe enjuiciarlas a la luz de la Constitución. Su objeto es, para empezar, doble: la Constitución, pero también el derecho infraconstitucional. Hay pues una pluralidad de fuentes en la interpretación constitucional,³⁰ ese doble nivel de legalidad (constitucional e infraconstitucional) que señalara Tarello.³¹ Interpretar el derecho infraconstitucional a la luz de la Constitución es también verdadera interpretación constitucional.³² Cuando se enjuicia la ley a la luz de la Constitución se debe interpretar primero ésta para precisar su canon de enjuiciamiento, y, una vez extraído, aplicarlo a la interpretación de la ley para, si no halla una interpretación conforme con aquélla, anularla o inaplicarla. En suma, las normas que son objeto de control, también lo son a menudo de interpretación constitucional.³³

El supremo intérprete fija el sentido de las disposiciones constitucionales que vincula a todos los demás poderes, pero este efecto de vinculación no se detiene en la imposición de una interpretación de la Constitución, sino que se despliega en la interpretación del derecho infraconstitucional que, en la medida en la que sea interpretado por él (siempre lo es, aunque en intensidad variable según el modelo de justicia constitucional adoptado) condiciona la aplicación futura de la ley.

Si aceptamos la tesis kelseniana³⁴ de que las sentencias tienen valor normativo cuando hablamos de las del supremo intérprete, tal valor no es particular, sino general, pues no se limitan a un caso, sino que irradian,

³⁰ Geny, François, *op. cit.*, p. 189. Lo destaca también Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 209.

³¹ Tarello, Giovanni, "Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi", en *Politica e diritto*, 1977, p. 512.

³² Häberle explica esa interacción entre *intercepción e interpretación* de la Constitución a la luz de la ley, Häberle incluye al legislador en ese proceso público donde se decanta el sentido de la Constitución; *cfr.* Häberle, Peter, "Métodos y principios de la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional, op. cit.*, vol. I, p. 697.

³³ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, pp. 66 y 67. Como señala Bidart Campos, se trata de buscar "una conciliación armónica y compatible entre una norma infraconstitucional y la Constitución" (*op. cit.*, p. 209). Sobre la interpretación conforme, *cfr.* González Rivas, Juan José, "La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005): (comentario sistemático de la Constitución)", *Revista de derecho procesal*, 2005, pp. 245-292.

³⁴ Kelsen, Hans, *Sulla teoria dell'interpretazione*, Milán, Giuffrè 1982, p. 281.

vinculando a todos, salvo al propio intérprete supremo que las emitió. No obstante, éste suele seguir sus precedentes, aunque siempre pueda cambiarlos. Así, las sentencias del máximo intérprete adquieren valor canónico y son también ellas objeto de interpretación, y puesto que con frecuencia incluyen interpretaciones constitucionales de la ley, estas interpretaciones se convierten también en objeto a su vez de interpretación. Como Mortati³⁵ afirmaba, las sentencias de la Corte Constitucional italiana ocupan un lugar jerárquicamente superior a la ley; es más, podríamos afirmar que complementan la Constitución y ésta es lo que esas sentencias dicen que es; se integran en ella³⁶ y operan en el futuro a través del propio intérprete supremo³⁷ o mediante los jueces ordinarios.

Más problemático es dilucidar si la orientación política inserta en una norma jurídica puede considerarse objeto de interpretación constitucional. Es conocida la doctrina italiana³⁸ que trata de incorporar la noción de *indirizzo politico* al pensamiento jurídico. En la Constitución se hallan las orientaciones políticas fundamentales³⁹ que, en el marco de la Constitución abierta,⁴⁰ el intérprete supremo debe preservar, luego de esto resulta que el intérprete supremo debe comprobar que la orientación inserta en la ley enjuiciada no contraviene la derivada de la Constitución.⁴¹

³⁵ Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, Cedam, 1975, pp. 1364 y ss.

³⁶ Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 171. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 201. Serían indubitable fuente del derecho, como afirma Bernard Schwartz en Schwartz, Bernard, *Constitutional Law*, Nueva York, The Macmillan Company, 1972, p. 2.

³⁷ López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*", *El Tribunal constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1455.

³⁸ Martines, Temistocle, "Indirizzo politico", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XXII, Milán, Giuffrè, 1971, p. 134.

³⁹ Crisafulli, Vezio, "Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico", *Studi urbinati*, 1939, p. 53; Mortati, Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, *op. cit.*, p. 422.

⁴⁰ Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1995. También Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución abierta y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004. *Cfr.* Asimismo, Revenga, Miguel, "Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución, o en defensa de la interpretación como dialogo", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, p. 145. De lo que se trata es, por tanto, de salvaguardar la democracia deliberativa, como señala Habermas, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán, Gueerini, 1996, p. 301.

⁴¹ Crisafulli, Vezio, "Per una teoria giuridica delle forze politiche", *op. cit.*, p. 40. Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

En definitiva, la extensión de lo interpretado y la determinación del alcance de la Constitución para conformar el canon de enjuiciamiento, ensanchan la libertad del intérprete supremo.

III. La fórmula política de la Constitución y su importancia en la interpretación

Paso esencial de la interpretación constitucional es la elaboración del canon de enjuiciamiento. Éste se nutre, principalmente, de las disposiciones que se hallan en el texto constitucional, sin olvidar otras fuera de él que se incorporan a ese canon y configuran el "bloque de la constitucionalidad" que, además, incluye a las disposiciones formalmente infraconstitucionales (los Estatutos de autonomía en España, por ejemplo) y las mismas sentencias del intérprete supremo.

Pero no todas las disposiciones constitucionales son iguales, algunas de ellas reflejan rasgos esenciales de la ley fundamental, sintetizan su identidad: la fórmula política que Lucas Verdú, su creador, califica como la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social.⁴² Fórmula que está conformada por los principios cardinales de la Constitución recogidos en su texto. Así, por ejemplo, en la Constitución mexicana: una República federal, de corte liberal y democrática, pero con un altísimo componente social y un federalismo canónico. En la española, la fórmula sería la de una Monarquía parlamentaria, democrática, con notable componente social y con una descentralización sin perfiles constitucionales claros. De cada Constitución podríamos extraer su fórmula política que, incorporando un complejo dogmático demoliberal —común a todas las Constituciones— la singularizaría para dotar al sistema político y al ordenamiento jurídico de una sustancia propia y definitoria. Es la singular manera de articular la democracia, la separación de poderes y la preservación de la libertad lo que identifica

⁴² Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1981, p. 428.

cada Constitución; y los preceptos donde se formaliza esta característica manera de regular los elementos esenciales del Estado democrático expresarían la fórmula política de una concreta Constitución. En tales preceptos se recogerían los presupuestos ideológicos, estimativos del régimen político formalizado, así como sus principios organizativos y se prefiguraría una realidad sometida a tales presupuestos.

Las disposiciones constitucionales que formalizan la fórmula política presentan el mayor grado de abstracción y requieren por ello un esfuerzo interpretativo superior, indispensable porque la fórmula política, como he subrayado, es la nutriente esencial del parámetro de enjuiciamiento del intérprete supremo, ya que la eficacia de la Constitución debe consistir sobre todo en el despliegue de su fórmula política.

Y no olvidemos que la interpretación conforme a la Constitución que se ha convertido en un *modus operandi* generalizado de los supremos intérpretes tiene que consistir en una interpretación conforme a los principios; es decir, de conformidad con la fórmula política. Sólo hallando ésta en cada orden constitucional estaremos en condiciones de dar coherencia material y seguridad a la tarea interpretativa. En síntesis, la legitimidad y la legitimación de la interpretación⁴³ dependerá de su conexión con la fórmula política.

IV. Control nomofiláctico y control nomotético

En la plasmación ideal del modelo de control concentrado de constitucionalidad —nomofiláctico— el objeto de la interpretación está conformado por las disposiciones constitucionales, que además configuran el parámetro de enjuiciamiento del intérprete supremo. El tribunal constitucional extrae el sentido normativo y lo contrasta con la norma enjuiciada

⁴³ Carpizo, Jorge y Fix Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., pp. 401 y ss. Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 289.

para confirmarla en el ordenamiento jurídico o para descartarla y, con ello, anularla. En rigor, respecto a la norma enjuiciada, el tribunal no la interpreta, sólo la controla. No obstante, sabemos de sobra que el sistema de control concentrado ha evolucionado, derivando las más de las veces en un control nomotético —de normas—; es decir, de interpretaciones de la ley controlada que descartan interpretaciones y que no anulan las disposiciones enjuiciadas. Para hacer esto, el tribunal constitucional debe intentar interpretar conforme a la Constitución la ley controlada, en otras palabras, hacer una interpretación constitucional de la ley.⁴⁴ Se extiende así el objeto de la interpretación a las disposiciones que sean sometidas a control.

Tal cosa aproxima el modelo concentrado al difuso —en el que siempre hay controles sobre interpretaciones recibidas por la ley en un caso— pues hay que incluir, de manera forzosa, las normas enjuiciadas en el objeto de la interpretación constitucional.

Por otro lado, no hay que olvidar que las mismas interpretaciones dadas antes por el intérprete supremo adquieren un valor normativo y están ligadas a los enunciados lingüísticos de los cuales emanaron; por ello, son también objeto de interpretación constitucional, el intérprete supremo puede revisarlas y siempre ha de tenerlas en cuenta como canon de enjuiciamiento.

C. Método de interpretación constitucional

I. Un método complejo adaptado al objeto y a la finalidad de la interpretación

Los intérpretes constitucionales han sabido por lo general desarrollar su labor con deferencia hacia el legislador democrático y, con ello, han evitado convertirse en legisladores suplentes sin legitimación democrática.

⁴⁴ Díaz Revorio, Francisco, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, op. cit., pp. 35 y ss.

tica por elección. El *self-restraint* de la Corte Suprema de los Estados Unidos y su teoría de las *political questions* —ya mantenida en el caso *Marbury* contra Madison— son prueba de tal proceder. En los modelos de control concentrado, donde el tribunal constitucional carece de jurisdicción *on certiorari*, se han empleado medios como el de las sentencias interpretativas que, pese a sus riesgos, han evitado a los altos tribunales caer en un activismo peligroso.⁴⁵ Pero el más importante medio de atemperar los potenciales excesos de la jurisdicción constitucional ha sido la creación de un método de interpretación constitucional técnicamente más riguroso,⁴⁶ que ha salvado a los intérpretes supremos de ese activismo antidemocrático. Ha sido, pues, la necesidad de motivar —de argumentar—.⁴⁷

El método —acaso podríamos hablar de métodos, en plural—⁴⁸ de la interpretación constitucional debe ajustarse a su peculiar objeto que lo determina,⁴⁹ porque no es el método el que determina el objeto, sino al revés.⁵⁰ El intérprete vislumbra la finalidad de su tarea y, para alcanzarla, escoge el método más adecuado.⁵¹ Por eso mismo, objeto y finalidad de

⁴⁵ Sobre los modelos de control de constitucionalidad y su incidencia en la interpretación, *cf.* Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

⁴⁶ Como señala Aragón Reyes, "criterios objetivos de interpretación", "cánones de interpretación", en "La interpretación constitucional y el carácter objetivo del control jurisdiccional", *op. cit.*, p. 110.

⁴⁷ *Cfr.*, para todo, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Acerca de la tipología de la argumentación específicamente constitucional, *cf.* Guastini, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 139 y ss. Como subraya Revenga, la motivación es lo que diferencia la mera decisión política de la judicial, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁸ Como hace Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, *op. cit.*, pp. 180 y ss. Böckenförde hace un inventario de los distintos métodos de la interpretación constitucional, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 13 y ss. También, entre otros, Antieu que minuciosamente va diseccionando los cánones hermenéuticos, *op. cit.*, pp. 11 y ss. En relación con Estados Unidos, véase, el ordenado elenco que ofrece Bloom, Lackland H., *Methods of Interpretation: How the Supreme Court reads the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2009. Por su parte Tribe Laurence y Michael C. Dorf, *Interpretando la Constitución*, Lima, Palestra, 2017, advierten cómo no debe interpretarse la Constitución y señalan los métodos erróneos que se deben evitar al hacerlo, pp. 45 y ss.

⁴⁹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁰ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 548.

⁵¹ Norberto Bobbio, voz "Método", en Bobbio, Norberto, *Novissimo digesto*, Turín, Editrice torinese, 1962, vol. X, pp. 602 y ss.

la interpretación constitucional condicionan el método hermenéutico que ha de emplearse.

Con todo, los criterios de la interpretación constitucional no están siempre claros; para empezar, porque aun admitiendo que la interpretación constitucional es interpretación jurídica, ésta presenta peculiaridades,⁵² entre las que destaca que los criterios tradicionales de interpretación, más adaptados a la subsunción que a la ponderación, son insuficientes para desplegar la fuerza normativa de la Constitución. Ni el elemento literal ni el teleológico ni el histórico ni el sistemático bastan, aunque sean útiles para resolver los casos que llegan a la jurisdicción constitucional, en especial los llamados casos difíciles.⁵³

Hemos de tener presente que las disposiciones constitucionales recogen las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Constituyente y que se despliegan en una cambiante realidad política. El supremo intérprete ha de ponderar, pues, esa realidad donde las normas, con toda su dimensión axiológica, se proyectan y, al mismo tiempo, advertir que tal realidad se transforma constantemente. Su brújula es la fórmula política

⁵² Así que, como recuerda Stern, no es posible una equiparación entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de las leyes, en Stern, Klaus, *Derecho del Estado...*, *op. cit.*, pp. 290 y ss. En Iberoamérica fue Segundo Linares Quintana el primero en advertir que la interpretación constitucional tiene reglas especiales, entre ellas, la de contar especialmente con las situaciones sociales, económicas y políticas del momento, en Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 435. Opinión que suscribe Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, UNAM, 1996, p. 60. Otros autores han ido señalando los criterios, reglas o principios que consideran particulares de la interpretación constitucional, entre otros: Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, pp. 512 y ss. Guastini, Riccardo, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 25, 1998, pp. 31-46. Häberle, *op. cit.*, pp. 696 y ss. Landa, César, "Teorías de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 744 y ss. Fix Zamudio, *op. cit.*, pp. 547 y ss. Linares Quintana, Segundo, *op. cit.*, pp. 767 y ss. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 899 y 890. También Vigo, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 1339 y ss.

⁵³ Al respecto, véase, Atienza, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 121 y ss. Algunos de estos casos los trata, entre otros, Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

donde las decisiones axiológicas y políticas fundamentales fueron formalizadas por el Constituyente, pero también debe interpretar la fórmula política.

Los intérpretes supremos han ido creando, en el *humus* de una cultura jurídica que se universaliza, un arsenal de *topoi*⁵⁴ —pero, por ello mismo, una interpretación imprecisa—⁵⁵ que van alternativa y acumulativamente siendo empleados para construir sus argumentaciones; usan a discreción esos elementos a su disposición⁵⁶ porque, como afirma Norberto Bobbio,⁵⁷ el problema técnico-jurídico de la interpretación lleva aparejado el problema fenomenológico de aproximación científica al hecho interpretativo en todas las facetas y los elementos que, al confluir, devienen jurídicos. El intérprete tiene que combinar⁵⁸ los elementos y las herramientas —las pautas interpretativas— para dotar de unidad, coherencia y consistencia su labor. Lo decisivo es que argumente, que explique por qué decide de una u otra manera y que las argumentaciones sirvan en casos parecidos, revistiendo su tarea interpretativa de certeza y previsibilidad.⁵⁹ Se trata de que realice una interpretación práctica que despliegue la fuerza normativa de la Constitución en el pleito y, al mismo tiempo, sea adecuada para la vida del ordenamiento jurídico.⁶⁰

⁵⁴ Como los llama Hesse. Una interpretación tópica bien explicada por Landa, César, *op. cit.*, pp. 739 y ss. *Cfr.* las llamadas técnicas de interpretación constitucional, por Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁵⁵ Imprecisión del método tópico que resalta Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 899.

⁵⁶ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, pp. 84 y 85. También acerca de la libertad para escoger los métodos interpretativos, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "La giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione", Nicoletti, Michele y Brino, Omar (eds.), *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, p. 637. Bidart Campos ofrece sus "pautas de interpretación", *op. cit.*, pp. 235 y ss.

⁵⁷ Bobbio, Norberto, "Polemiche sull'interpretazione", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, pp. 96 y ss.

⁵⁸ Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 341. También, Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, vol. I, p. 506.

⁵⁹ Esmein, Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel*, 7a. ed., París, Sirey, p. 579.

⁶⁰ Como propone Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

II. Utilidad e insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación

No es infrecuente que los ordenamientos jurídicos prescriban, como lo hacen con las formas de creación del derecho, los criterios para interpretarlo y aplicarlo. No es el momento de entrar en la polémica acerca de la conveniencia o no de tal regulación que algunos consideran mera transcripción de cánones de lógica jurídica, tampoco entrar a debatir sobre el rango de estas disposiciones que algunos consideran materialmente constitucionales.⁶¹ Resulta curioso, sin embargo, que sea muy poco frecuente la inclusión en las Constituciones de pautas interpretativas; por excepción el artículo 10.2 de la Constitución española⁶² o el artículo 1o. de la Constitución mexicana.⁶³

De lo que se trata ahora es de calibrar la utilidad de esos criterios hermenéuticos clásicos⁶⁴ en la interpretación constitucional, y hay que concluir en su utilidad,⁶⁵ pero asimismo en su insuficiencia⁶⁶ ligada esta

⁶¹ Pierandrei, Franco, *op. cit.*, p. 154.

⁶² Que establece: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

⁶³ Que dispone: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

⁶⁴ Que canónicamente reseñó Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, pp. 180 y ss. Y que analiza Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *op. cit.*, pp. 111-115. Asimismo, Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, pp. 505 y ss. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 49 y ss.

⁶⁵ Forsthoft, Ernst, "La trasformazione della legge costituzionale", *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 198. Merola Chierchia, *op. cit.*, p. 190. Zagrebelsky, Gustavo, "Appunti in tema di interpretazione e di interpretazione della costituzione", *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 904. Asimismo, Díaz Revorio, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁶ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 42. Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 197. También Gomes Canotilho, Joaquim, *Direito constitucional*, Coimbra, Almeida, 1980, p. 271. Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 369. Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 24. Stern, Klaus, *Derecho del Estado*, *op. cit.*, pp. 301 y ss. Asimismo, Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución", *op. cit.*, p. 115; Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 892 y ss.

última, sobre todo, a las especificidades de la interpretación constitucional que venimos subrayando y que se desarrolla las más de las veces en el terreno de la ponderación y no de la subsunción.

1. Elemento literal

Este método consiste en interpretar los textos legales de acuerdo con "el sentido propio de sus palabras" (artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil español).⁶⁷ En este punto hay que recordar que el lenguaje jurídico tiene peculiaridades, así que el intérprete ha de considerar el significado jurídico, no el usual⁶⁸ de las palabras que hay en las disposiciones y, a mayor abundamiento, las palabras de la Constitución también tienen un sentido propio, tributario de la dogmática constitucional,⁶⁹ palabras técnicas⁷⁰ que implican significaciones propias y que *prima facie* facilita la interpretación literal.⁷¹

El elemento literal es sin duda el punto de partida de toda interpretación,⁷² incluida la constitucional.⁷³ Cuestión aparte es que al entrar en juego elementos extratextuales, el texto pierda protagonismo. En el ámbito constitucional, la interpretación literal es especialmente útil para comprender el alcance de los preceptos relativos a la organización, composición y funcionamiento de los órganos en ellas mencionados.⁷⁴ Respecto a las demás prescripciones constitucionales, el literalismo "amojona"⁷⁵ —delimita— el área donde el intérprete debe operar,⁷⁶ la esfera de lo

⁶⁷ Luchaire, François, "De la méthode en droit constitutionnel", *Revue du Droit Public*, 1981, p. 292.

⁶⁸ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁹ Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 194.

⁷⁰ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op. cit.*, p. 54.

⁷¹ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 93.

⁷² "Toda interpretación de un texto ha de empezar con el sentido literal", como sostiene Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 316.

⁷³ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁴ Stein, Ekkehart, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 17.

⁷⁵ Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 320.

⁷⁶ Betti, Emilio, "Di una teoria generale della interpretazione", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, p. 273.

posible,⁷⁷ en cuyos márgenes la inevitable polisemia de las palabras se acrecienta con la ambigüedad que a menudo persiguió el Constituyente.

La sencillez del método literal⁷⁸ choca con la complejidad del ámbito normativo en el cual la disposición ha de proyectarse. La controversia clásica entre la letra y el espíritu de la ley⁷⁹ siempre está presente. Ya de manera muy temprana, el Tribunal Constitucional español⁸⁰ advertía de la necesidad de respetar el contenido semántico, pero en otra sentencia⁸¹ aconsejaba "huir de interpretaciones meramente literales" que, como afirmaba en otra,⁸² resulten en una interpretación "mecánica y rígidamente formalista".

2. Elemento sistemático

Reza el ya citado artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil español que las normas se interpretarán "en relación con el contexto", mientras que el artículo 12 *prelegge* italiano estipula "*secondo la connessione di esse*", fórmula que parece más amplia que la española. En todo caso parece apuntarse la necesidad de lograr una coherencia de contenidos entre diferentes disposiciones, la comprensión del sentido normativo por el contexto,⁸³ entendida su significación más amplia que facilita la comprensión de la norma⁸⁴ y que no es alcanzable aplicando sólo el método puramente literal.⁸⁵ Su utilidad radica sobre todo en servir a la comprensión del orden jurídico en su conjunto.⁸⁶ Por eso mismo, es en especial útil en la

⁷⁷ Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 318.

⁷⁸ Betti, Emilio, "Di una teoria generale della interpretazione", *op. cit.*, p. 236.

⁷⁹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁰ STC 50/1983, de 14 de junio, fundamento jurídico 2.

⁸¹ STC 18/1982, de 4 de mayo, fundamento jurídico 3.

⁸² STC 79/1985, de 3 de julio, fundamento jurídico 6.

⁸³ Lazzaro, Giorgio, *L'interpretazione sistematica della legge*, Turín, Giappichelli, 1965, p. 135.

⁸⁴ Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁶ Recordando la literatura clásica sobre la noción de ordenamiento, Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florencia, 1951. También *cfr.* Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, p. 188. Pizzorusso, Alessandro, *Lezioni di diritto pubblico*, Roma, Il foro italiano, 1981, p. 534.

interpretación constitucional⁸⁷ porque sirve a la constitucionalización de todo el orden jurídico y encauza la interpretación de todo él conforme a la Constitución. Podríamos hablar entonces de una sistematicidad constitucional.⁸⁸

3. Elemento histórico

Como establece el varias veces citado artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil español: las normas se interpretarán "en relación con los antecedentes históricos y legislativos". La indagación en los trabajos parlamentarios o en las exposiciones de motivos es útil sin duda para entender la voluntad de los autores y las razones que les movieron a legislar. Tal cosa es particularmente interesante cuando se trata de la Constitución.⁸⁹

Como es sabido, la exacerbación del elemento histórico acontece desde posiciones originalistas⁹⁰ que conjeturan con la reconstrucción de la voluntad de los padres fundadores [*Founding Fathers*], pero que imposibilitan la proyección de otros elementos interpretativos importantes como el sistemático o el evolutivo. Por el lado positivo, el elemento histórico contribuye a rebajar el formalismo y dando entrada a datos extratextuales. En todo caso, no siempre es fácil hallar la voluntad unívoca de los autores de la Constitución. Por eso, las más de las veces el elemento histórico es auxiliar, permite corroborar una interpretación basada en otros criterios.

También tempranamente el Tribunal Constitucional español operó de manera ambivalente con el método histórico; así en la STC 53/1985 (de 11 de abril, fundamento jurídico 5) en la que extrajo el sentido del término

⁸⁷ Martines, Temistocle, "Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale", *Studi per il XX anniversario dell'Asamblea Costituente*, VI, Firenze 1969, p. 422; Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, p. 531.

⁸⁸ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, pp. 99, 100, 110 y 112.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 101 y ss.

⁹⁰ Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p. 142.

"todos" recogido en el artículo 15 constitucional para referirse a los derechos a la vida y a la integridad, mientras que, en la STC de 13 de febrero de 1981 matiza la importancia de los trabajos parlamentarios; o en la STC 12/1982 (de 31 de marzo, fundamento jurídico 6), en la que subraya que tales trabajos preparatorios sirven más bien para corroborar una previa "interpretación objetiva".

4. Elemento teleológico

Otra vez citando el artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil español, de acuerdo con el cual las normas han de ser aplicadas "atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquellas". Debe subrayarse la amplitud del precepto español y de manera singular el uso de la palabra "fundamentalmente" que parece dar una cierta prioridad a este criterio. Contrasta con la fórmula italiana, mucho más contenida: "intenzione del legislatore".

Este criterio abre grandes opciones hermenéuticas, más aún en el marco de la interpretación constitucional, en la cual la justificación teleológica se identifica con el fundamento último de las normas,⁹¹ con sus fines e ideas fundamentales.⁹² Se ha subrayado con razón que el correcto uso de este elemento ha de tener presente los intereses en conflicto en el momento de la aplicación⁹³ y que tales intereses tienen naturaleza, esencialmente, política;⁹⁴ así se acaba enlazando este elemento con otro que examinaré más adelante: la politicidad de la interpretación constitucional. Por eso, como subraya Pablo Lucas Verdú,⁹⁵ el elemento teleológico promueve una interpretación más creativa.

⁹¹ Crisafulli, Vezio, "Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico", *op. cit.*, p. 71.

⁹² Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 330. Rubio Llorente, Francisco, "La Constitución como fuente del derecho", *La Constitución española en las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, vol. I, p. 74. Heinrich Triepel sostiene que el método teleológico incorpora lo político, en Triepel, Heinrich, *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1986, p. 74.

⁹³ Betti, Emilio, *Interpretazione della legge*, *op. cit.*, p. 289.

⁹⁴ Pierandrei, Franco, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁵ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, *op. cit.*, p. 214.

III. Elementos sustanciales

1. Evolutividad

La interpretación evolutiva supone una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición, pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo 'tradicional' o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador. El juez, al interpretar en sentido evolutivo el ordenamiento, no es desde luego "el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes",⁹⁶ que era tanto como afirmar que expresaban exactamente la voluntad del legislador. Al interpretar en clave evolutiva, el juez no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever cómo la realidad futura evolucionaría,⁹⁷ sino que, constreñido por esos cambios, ha de hallar en el enunciado normativo un sentido, una norma concreta, que permita a la disposición seguir siendo eficaz.⁹⁸ A vueltas con la noción de *Living Constitution*.⁹⁹ Sólo será acertado entonces el resultado de la interpretación si puede comprobarse su fuerza en la realidad social.¹⁰⁰ En la interpretación evolutiva se manifiesta de manera muy clara la autonomía del intérprete.¹⁰¹

La necesidad de una interpretación evolutiva se recoge de manera expresa en el interesante artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil que

⁹⁶ Célebre frase de Montesquieu, C., *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 156.

⁹⁷ Dada la imposibilidad del legislador para imaginar la evolución futura de la realidad, Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 347.

⁹⁸ Como afirma Betti: "conservar la eficacia del derecho en la realidad social", en *Interpretazione della legge...*, *op. cit.*, p. 93.

⁹⁹ Sagüés, Néstor Pedro, "Interpretación y Constitución viviente", Ferrer Mac-Gregor. Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 1017. También Jutta Limbach, "La interpretación de la Constitución", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, vol. II, pp. 754. En el contexto de la dinámica constitucional, Fondevila Marón, Manuel, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

¹⁰⁰ Tal y como postula Stein, Ekkehart, *op. cit.*, p. 226.

¹⁰¹ Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 376 y ss.

prescribe que las normas se interpretarán "en relación con [...] la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". Además de mencionar los elementos literal, sistemático, histórico y teleológico, el citado precepto recoge la nítida referencia a la realidad social del tiempo de aplicación. La interpretación evolutiva no es ya una opción del intérprete, afirmada por la práctica judicial, sino un mandato de actualización interpretativa impuesto por el legislador.

En la esfera constitucional, más que en los demás ámbitos normativos, la tensión entre normatividad y normalidad¹⁰² resulta notoria. Sucede por varios motivos, el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia¹⁰³ suele, por lo general, ser digna de aprecio.¹⁰⁴ La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada,¹⁰⁵ produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva,¹⁰⁶ porque ésta garantiza la "movilidad"¹⁰⁷ de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.¹⁰⁸

¹⁰² Hermann Heller sostiene con vigor su tesis según la cual, "la Constitución estatal forma un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad jurídica y extrajurídica", en Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 273.

¹⁰³ Lucas Verdú se refiere a "la soberbia pretensión de duración", *Curso...*, *op. cit.*, p. 137. Por su parte Héctor Fix Zamudio advierte del envejecimiento de los textos, dotados de gran rigidez, que contrasta con la rápida transformación social, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 563.

¹⁰⁴ Más aún donde más falta, allí donde las reformas han sido excesivamente numerosas, como en México, dando lugar a lo que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo denominan "inestabilidad constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 387. En la misma línea Nava Gomar, Salvador en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰⁵ Sobre el significado de la rigidez constitucional *cfr.* Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

¹⁰⁶ Para Franco Pierandrei la evolutividad es immanente a la interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 193. Sobre la interpretación evolutiva, *cfr.* también Díaz Revorio, Francisco, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

¹⁰⁷ Movilidad a la que se refiere Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁸ Movilidad que demanda Piero Calamandrei, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", *op. cit.*, pp. 7 y ss.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula.¹⁰⁹ Tal dinamicidad suele ser mayor en la realidad constitucional y es de otra calidad porque afecta a un sector regulado por la norma cimera del orden jurídico que adquiere así, también ella, una dinamicidad propia.¹¹⁰ Si las disposiciones constitucionales no se actualizaran, a fin de buscar su correspondencia con la realidad,¹¹¹ se degradaría su eficacia normativa y quedaría afectado el funcionamiento de todo el ordenamiento. Karl Loewenstein¹¹² nos propuso su clasificación ontológica de las Constituciones, en la que implícitamente se evoca la necesidad de superar esa tensión entre normatividad y normalidad. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si

¹⁰⁹ Lucas Verdú afirma que "la realidad social en la que se apoya una Constitución, muda radicalmente con el transcurso del tiempo", en Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, op. cit., p. 536. El mismo autor analiza con detalle la dinamicidad de la realidad constitucional en "El problema de las mutaciones constitucionales y la permanencia de la Constitución formal", en *Curso...*, op. cit., pp. 138. También Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 106. Por su parte, Peter Häberle plantea su ya conocida tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y esa apertura es también al propio devenir social, en Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Héctor Fix Fierro (trad.), México, UNAM, 2001, p. 149. Nava Gomar, Salvador, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anáhuac del sur, 2003.

¹¹⁰ Lucas Verdú, en este sentido, afirma que el carácter dinámico de la Constitución obliga a una interpretación dinámica y que, en consecuencia, la interpretación constitucional dinamiza a la Constitución, en una suerte de proceso de retroalimentación, *Curso...*, op. cit., p. 539.

¹¹¹ Son muchos autores los que han apreciado esta necesidad, con claridad lo apunta Jorge Carpizo: "Una Constitución debe cambiar al mismo ritmo que la realidad y para esto hay dos caminos o que se le reforme o que se le interprete", en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, op. cit., p. 68. Idea que reiteran Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, "Algunas reflexiones...", op. cit., p. 425. También Salvador Nava Gomar presenta esas dos alternativas, pero se muestra partidario de empezar antes por la interpretación, dado el abuso que de la reforma se hizo en México, para apuntar que la reforma es el último eslabón de la cadena que actualiza la Constitución siendo la interpretación el primero (op. cit., p. 297). Costantino Mortati, en un contexto europeo en el que la reforma no es tan frecuente, reclama optar por la interpretación más ajustada a las necesidades sociales de cada momento, *La costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940, p. 118. También Wróblewski demanda del intérprete atención a las "exigencias sociales", entendidas éstas en su acepción más amplia, *Constitución y teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 79. Néstor Sagués parte de las teorías estadounidenses, acerca de la "Living Constitution" para recordar que ya el juez Marshall, en el caso *McCulloch v. Maryland*, en 1819, advertía que la Constitución de 1787 estaba "destinada a perdurar en las eras futuras y, por consiguiente, debe adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos", "Interpretación constitucional y 'Constitución viviente' (*Living Constitution*)", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., pp. 1017 y ss. Para todo lo referente a la evolución de la Constitución americana, *cf.* Tribe, Laurence H., *Constitutional Choices*, Harvard University Press, 1985, en especial p. 21. donde se refiere a la Constitución en construcción.

¹¹² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 216.

así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa es necesario que el desarrollo legislativo y la interpretación favorezcan la eficacia de la misma.

No es ahora el momento de referirme al compromiso que el legislador democrático tiene con el desarrollo de la Constitución.¹¹³ Me ocuparé sólo de su interpretación evolutiva. Jerzy Wróblewski, en un lenguaje casi militar, se refiere a la interpretación operativa de la Constitución,¹¹⁴ es decir, la que despliega los efectos queridos en ella. Konrad Hesse maneja una idea similar; según él, hay que promover la voluntad de la Constitución.¹¹⁵ Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de las Constituciones que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional;¹¹⁶ para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en la realidad se produzcan.¹¹⁷ Además de la rigidez del programa normativo¹¹⁸ y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones,¹¹⁹ su formalización en abstracto con

¹¹³ De este punto y de la conexión entre máximo intérprete de la Constitución y legislador democrático me he ocupado en "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., pp. 237 y ss.

¹¹⁴ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, op. cit., pp. 35 y ss.

¹¹⁵ Konrad Hesse, op. cit., p. 71.

¹¹⁶ Antonino Pensovecchio Li Bassi matiza al advertir que la realidad social que debe tenerse en cuenta en la interpretación constitucional es la realidad constitucional, en Pensovecchio Li Bassi, Antonino, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 63.

¹¹⁷ Para lograr esta adaptación Fix Zamudio afirma que la interpretación constitucional ha de tener un "carácter progresivo y no simplemente conservador de las normas fundamentales, ya que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios y en su evolución", "Lineamientos...", op. cit., p. 563.

¹¹⁸ Es la misma rigidez la que paradójicamente hace inevitable la interpretación evolutiva, Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 111.

¹¹⁹ Como destaca Konrad Hesse, el carácter amplio y abierto de la Constitución, op. cit., p. 36. En parecidos términos otros muchos autores, entre ellos: Stern, Klaus, *Derecho del Estado*, op. cit., p. 285; Pedro de Vega García, *La reforma de la Constitución...*, op. cit., p. 191; Lavagna, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, op. cit., p. 207; Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 51; Pérez Tremps, "La interpretación de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., p. 907; y Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 112.

abundancia de principios.¹²⁰ Lo dicho es especialmente cierto cuando hablamos de las disposiciones que reconocen los derechos fundamentales, así que es en este campo, central de lo constitucional, donde el elemento evolutivo cobra aún más importancia.¹²¹

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades,¹²² favorece la creatividad del intérprete y esta creatividad¹²³ se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad, en especial la política. En casos relacionados con los derechos fundamentales, ámbito frecuente de los casos difíciles,¹²⁴ la interpretación de las disposiciones constitucionales, que los proclaman tiene que enfocarse a captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.¹²⁵

En los términos de Hesse,¹²⁶ el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política)

¹²⁰ Esta abundancia de principios la destacan casi todos los autores, entre ellos Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81. Cuando se refiere a la estructura de las normas de derechos fundamentales. También Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 147.

¹²¹ Canosa, Raúl, "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VI, UNAM, 2008, pp. 42-98.

¹²² Peculiaridades a las que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo denominan "elementos de distinción de las normas constitucionales": supremacía normativa, contenido político y decisión del poder constituyente, *op. cit.*, p. 392. También el interesante estudio de Nieto, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. I, 1983, p. 371. Asimismo, Eduardo García de Enterría, que incide, sobre todo en el valor normativo de la Constitución, en García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, p. 62; Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 59.

¹²³ Que asocio también con la politicidad de la interpretación constitucional, en la medida en la que ésta es creativa y tiene consecuencias políticas, Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 124.

¹²⁴ "Casos trágicos", los llama Zagrebelsky, en los que es necesaria la interpretación evolutiva, *Il diritto mite*, *op. cit.*, p. 191.

¹²⁵ Este necesario enfoque de la interpretación constitucional lo destaca Pierandrei, Franco, "L'interpretazione delle Norme Costituzionali in Italia", en *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, Spe, vol. II, 1965, pp. 654-655. Y Carmelo Carbone, *op. cit.*, p. 37. Más recientemente Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 398.

¹²⁶ Esta distinción de Konrad Hesse la encontramos en sus *Escritos de derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 46.

donde se proyectan, no sólo favorece, sino que exige una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva,¹²⁷ se mantiene inalterable, a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, cambia constantemente. Como aquel es muy difícil de reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo también como símbolo, la interpretación evolutiva es indispensable.

El intérprete goza, pues, de libertad —creatividad— para inclinarse,¹²⁸ entre una u otra opción interpretativa —retrógrada o progresista—,¹²⁹ por aquella que mejor se ajuste a la realidad del momento. Pero como se trata de una realidad política, el intérprete supremo de la Constitución¹³⁰ está llamado a colaborar en el proceso de integración del Estado,¹³¹ al que, en último término, ha de servir su labor hermenéutica.¹³² Por ello, ha de anticiparse a las consecuencias políticas de sus resoluciones¹³³ para asegurarse de que su impacto no producirá un efecto desintegrador, ya que si lo que se pretende es que la norma extraída de un precepto constitucional regule efectivamente la realidad política sin perturbarla ni crear conflictos políticos evitables, el intérprete supremo ha de ser cuidadoso. Es el ejemplo histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con su criterio de las cuestiones políticas para declinar pronunciarse acerca

¹²⁷ Lo advierte Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁸ Situación que Stern califica de "duda metódica interpretativa" y que da lugar a un pragmatismo metodológico, *Derecho del Estado...*, *op. cit.*, p. 290. Francisco Rubio Llorente recuerda que el intérprete es creador, *La forma del poder*, *op. cit.*, 1993, p. 621.

¹²⁹ Así se expresa en Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Jorge Carpizo advierte que la interpretación puede "modificar, anular o vivificar la Constitución", *Estudios...*, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁰ Stern explica bien el carácter vinculante de la interpretación del tribunal constitucional, *Derecho del Estado...*, *op. cit.*, p. 289. Entre nosotros hay que citar el libro clásico de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*

¹³¹ Como resalta Smend, Rudolf, *op. cit.*, p. 191.

¹³² Fix-Zamudio ya resaltó que el intérprete constitucional ha de poseer "sensibilidad jurídica, política y social", en Fix-Zamudio, Héctor, "El juez ante la norma constitucional", *Revista Jurídica Veracruzana*, núm. 4, oct-nov, 1970, p. 48. Idea que reitera en "Lineamientos...", *op. cit.*, p. 564.

¹³³ Como apunto en mi libro *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 240.

de asuntos que mejor tratarían el Ejecutivo o el Legislativo. Así evitaba convertirse, mediante un ejercicio de autocontrol,¹³⁴ en actor político.

La adaptación de la normatividad a la normalidad, cuando hablamos de interpretación constitucional, no significa convertir al máximo intérprete en promotor de transformación social y política alguna, ni legitima una interpretación alternativa orientada ideológicamente por el intérprete,¹³⁵ sino que consiste en defender la Constitución mediante una interpretación que le permita a ésta seguir los pasos de la realidad. De la función transformadora de la realidad que las Constituciones contemporáneas suelen auspiciar no puede encargarse ningún intérprete ni siquiera el intérprete supremo.¹³⁶

La especial apertura a posibles interpretaciones que presentan las disposiciones constitucionales favorece la libertad del intérprete supremo,¹³⁷ pero no le autoriza a cerrar opciones futuras para el legislador democrático que el Constituyente haya dejado deliberadamente abiertas.¹³⁸

¹³⁴ Sobre la evolución de la interpretación constitucional en Estados Unidos, *cfr.* Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.* También Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, *op. cit.* Breyer ofrece el punto de vista de un juez de la Corte Suprema que resalta la profesionalidad de los intérpretes y la controversia que suscitan las posiciones originalistas, en Breyer, Stephen, *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, Nueva York, Random House, 2005, p. 105.

¹³⁵ Contra la que previene Landa, "Teorías...", *op. cit.*, pp. 747 y ss.

¹³⁶ Domingo García Belaunde es partidario de una interpretación evolutiva, pero alerta contra el peligro de desnaturalización y quebrantamiento de la Constitución, "La interpretación constitucional como problema", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 613. Sagués también expone esos peligros y concluye en que la "interpretación mutativa" sólo es viable cuando hay un consenso social unánime o casi unánime, *op. cit.*, p. 1031. Ricardo Guastini se muestra opuesto a la interpretación evolutiva, pues con ella se vulnera, según él, la Constitución, al no acudir a la vía de la reforma constitucional, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 660 y ss.

¹³⁷ Alcance de esta supremacía que, en general, analizan García de Enterría, *op. cit.*, y Rubio Llorente, *La forma del poder*, *op. cit.*, p. 611.

¹³⁸ Y que el intérprete supremo no puede cerrar, como destaca Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 39. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en la STC 76/1983, de 5 de agosto, para el Alto Tribunal la apertura de la forma de Estado no podía cerrarla el legislador y tampoco, claro está, el propio Tribunal Constitucional, sino que tiene que quedar permanentemente abierta. Javier Pérez Royo también se refiere a la necesidad de que el intérprete supremo se autolimita y deje al

En estos supuestos la interpretación evolutiva no puede consistir en el cierre de estas alternativas que han de permanecer abiertas. Más bien se trata de hallar interpretaciones posibles y alternativas —fijando, eso sí, sus límites insoslayables—¹³⁹ que, incluso, amplíen las posibilidades del legislador, dando cobertura a su legislación. En relación con la situación anterior se suscita el peligro opuesto: una interpretación constitucional tan abierta que acabe suponiendo una mutación de la Constitución.¹⁴⁰ Son varias las formas mediante las cuales puede operarse una mutación a través de la interpretación,¹⁴¹ pero una de ellas es ampararse en el carácter polisémico de las disposiciones constitucionales para consagrar acciones legislativas *a priori* discutibles. En estos supuestos se consagra una nueva interpretación del precepto constitucional en la que encaje la nueva ley. El peligro radica en que la expansividad de la interpretación evolutiva desfigure de manera radical el orden jurídico,¹⁴² menoscabando

legislador democrático espacio suficiente para actuar con libertad, "La interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., p. 899.

¹³⁹ Para Pérez Royo la interpretación constitucional es una interpretación de los límites dentro de los cuales puede moverse el legislador, op. cit., p. 896. En términos parecidos, Canosa, Raúl, "Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional", *Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, 1989, p. 280.

¹⁴⁰ En general se suele considerar que el supuesto de hecho de la mutación es la incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional, Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Oñate, IVAP, 1998, p. 29. En parecidos términos, Hesse, Konrad, op. cit., p. 91; Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 163.

¹⁴¹ Entre la abundante literatura acerca de las mutaciones *cfr.* Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, op. cit., p. 21. Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, op. cit., p. 87. Pablo Lucas Verdú, "El problema de las mutaciones constitucionales y la permanencia de la Constitución formal", en *Curso de Derecho Político*, op. cit., p. 137. Vega García, Pedro de, *La reforma...*, op. cit., p. 179. Todos ellos ponen de manifiesto que la interpretación es una de las vías a partir de las cuales puede materializarse la mutación. Es más, la interpretación puede llegar a consagrar una mutación alentada por el mismo legislador, como explica Canosa, Raúl, "Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional", op. cit., pp. 280 y ss. También Salvador Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., p. 809. *Cfr.* también Vidal Prado, Carlos, "Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la República de Weimar", en Eloy García López (ed.), *Weimar, el Momento democrático de los modernos' entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, p. 153.

¹⁴² Piero Merola Chierchia, muy partidario de la interpretación evolutiva, advierte, sin embargo, de ese riesgo, op. cit., p. 117. También Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., p. 127.

su identidad para acabar defendiendo la ley frente a la Constitución; ésta dejaría, en rigor de constituir¹⁴³

2. Politicidad

Quizás se excede Piero Calamandrei al afirmar que "*diritto e politica sono spesso la stessa cosa*",¹⁴⁴ pero no hay exceso en sostener que la política incide en la interpretación jurídica,¹⁴⁵ con mayor o menor intensidad,¹⁴⁶ una intensidad que alcanza lógicamente su máximo en la interpretación constitucional,¹⁴⁷ pues la Constitución recoge las orientaciones políticas fundamentales.¹⁴⁸

Pero la indudable caracterización política de la interpretación constitucional no debe confundirse con el juego partidista,¹⁴⁹ sino que se trata de que el intérprete supremo tenga en cuenta los presupuestos políticos,

¹⁴³ Peligro contra el que nos precave Ángel Garrorena, "Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional", en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, p. 337. En la misma línea se manifiesta Wróblewski para quien "la interpretación no puede comprometer la naturaleza de la Constitución", *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op. cit.*, p. 91. Fix-Zamudio y Carpizo admiten la que llaman interpretación política, aquella determinada por factores políticos, pero advierten del riesgo que se corre al ponerla en marcha, pues podría violar la Constitución, *op. cit.*, p. 432. También alerta contra este peligro Leibholz, Gerhard, "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, p. 89.

¹⁴⁴ Calamandrei, Piero, "Corte costituzionale", *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁵ Cappelletti, Mauro, "La corte costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario", *Rivista di diritto processuale*, 1981, p. 613.

¹⁴⁶ Kelsen, "Chi dev'essere...", *op. cit.*, p. 242.

¹⁴⁷ Pierandrei, Franco, "L'interpretazione della costituzione", *op. cit.*, p. 178 y, del mismo autor, "L'interpretazione delle Norme Costituzionali in Italia", *op. cit.*, p. 655. Triepel insiste en la presencia de lo político, *op. cit.*, p. 75. Por su parte, Julius Kirchmann critica a los juristas que no tienen presente lo político en Kirchmann, Julius, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 55. En este contexto, es útil la distinción de Richard A. Posner entre 'creación judicial formalista' y 'creación judicial política', esta última se sirve de ideas políticas, éticas o sociológicas, véase, Posner, Richard A., *Federal Courts: Crisis and Reform*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, p. 3. Cfr. también Stern, Klaus, *Derecho del Estado...*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁴⁸ En otras palabras, el carácter político de su objetivo, Rudolf Smend, *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 197. En parecido sentido, Merola Cherchia, *op. cit.*, p. 98. Fernández Segado se refiere al "sesgo político", *op. cit.*, p. 503.

¹⁴⁹ Crisafulli, Vezio, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffrè, 1952. Zagrebelsky explica que, si bien las garantías de la justicia constitucional no participan del juego político, cumplen, sin embargo, una función política, en Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti*, Turín, Einaudi, 2005.

normalmente recurriendo a los principios constitucionales¹⁵⁰ y teniendo presente el ámbito donde la Constitución se aplica,¹⁵¹ es decir, relacionarla con la realidad política,¹⁵² pero mediante un proceso hermenéutico, no puramente político.¹⁵³

Aunque Hans Kelsen¹⁵⁴ lamente el influjo político descrito, el intérprete supremo es un órgano político¹⁵⁵ por venir caracterizado como órgano constitucional y porque dice la última palabra acerca de los contenidos políticos de las Constituciones.¹⁵⁶ La politicidad se aprecia en la ya señalada del objeto de la interpretación constitucional, esa elevada carga de politicidad¹⁵⁷ que las caracteriza y que, por poseerla, son las normas supremas del orden jurídico.¹⁵⁸ Es la proximidad a las relaciones de poder la que dota a las disposiciones constitucionales de carácter político.¹⁵⁹ Los problemas interpretativos serían jurídicos y requerirían interpretación, pero sólo sobre materias políticas.¹⁶⁰ En contra de este enmascaramiento jurídico de lo político kelseniano se alzan Carl Schmitt¹⁶¹ y su discípulo Loewenstein, quienes ven en las sentencias del intérprete supremo meras decisiones políticas.¹⁶²

Como expresión de la politicidad de la interpretación constitucional hay que tratar la discrecionalidad de su intérprete supremo que elige entre

¹⁵⁰ Carbone, Carmelo, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵¹ Martines, Temistocle, *Contributo ad una teoria giuridica del indirizzo politico*, Milán, Giuffrè, 1957, p. 291.

¹⁵² Lucas Verdú, Pablo, "Política y Justicia constitucional. Consideración sobre la naturaleza y funciones del Tribunal constitucional", *El Tribunal constitucional*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1981, p. 1483.

¹⁵³ Stein, Ekkehart, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁴ Kelsen, Hans, "La garanzia giurisdizionale", *op. cit.*, p. 175.

¹⁵⁵ Martines, "Questione...", *op. cit.*, p. 409.

¹⁵⁶ Spagna Musso, Enrico, *Diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1981, p. 412.

¹⁵⁷ Martines, Temistocle, *Contributo...*, *op. cit.*, p. 397; y del mismo autor "Indirizzo politico", *op. cit.*, p. 139. Cfr. también Lucas Verdú, Pablo, "Política y Justicia constitucional...", *op. cit.*, p. 1483.

¹⁵⁸ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, pp. 120 y 208.

¹⁵⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 25; Leibholz, Gerhard, "El Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁰ Leibholz, Gerhard, *op. cit.*, p. 9; García de Enterría, *op. cit.*, p. 178; Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁶¹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.

¹⁶² Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 23 y 309.

interpretaciones posibles¹⁶³ de enunciados normativos por lo general muy lábiles,¹⁶⁴ lo que ensancha lógicamente su libertad.¹⁶⁵ Es entonces cuando se precisa vincular al intérprete a ciertas pautas¹⁶⁶ que aseguren la juridicidad de su labor.¹⁶⁷

La discrecionalidad apuntada implica creatividad,¹⁶⁸ de la que es consecuencia, y también despierta inquietud¹⁶⁹ por si acaba convirtiendo la interpretación en una valoración política¹⁷⁰ contra la que, ingenuamente, a decir de Calamandrei,¹⁷¹ trata de precaverse el célebre artículo 28 de la Ley 87/1953, sobre la constitución y funcionamiento de la Corte Constitucional,¹⁷² precepto que veda toda valoración de naturaleza política o control sobre el poder discrecional del parlamento. Así que no podemos dejar de admitir que el interpretar la Constitución supone un acto de voluntad que se impone a otros poderes del Estado¹⁷³ y que vivifica la Constitución sustancial.¹⁷⁴ Al hacerlo se complica la relación entre

¹⁶³ Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 83. Las opciones interpretativas serán conforme a valores, según Laurence Tribe, en *Constitutional Choices*, op. cit., pp. 7, 147 y 216.

¹⁶⁴ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 53. Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, op. cit., pp. 104 y 155.

¹⁶⁵ Zagrebelsky, Gustavo, "Appunti...", op. cit., p. 124.

¹⁶⁶ Betti, Emilio, *Interpretazione...*, op. cit., p. 112.

¹⁶⁷ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., pp. 123 y 124. Betti, Emilio, *Interpretazione...*, op. cit., p. 152.

¹⁶⁸ Un "juez creador", como lo llama Rubio Llorente, op. cit., p. 607. En línea con la noción kelseniana de que la aplicación del derecho es simultáneamente creación, como recuerda Ignacio de Otto Pardo, op. cit., pp. 4099 y ss.

¹⁶⁹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 79.

¹⁷⁰ Lo que no es sencillo, como advierte Pierandrei, Franco, "L'interpretazione delle Norme Costituzionali in Italia", op. cit., p. 669. Según Betti, en toda interpretación jurídica "c'è una collaborazione del interprete con lo spirito che appare come l'autore della dichiarazione" [hay una colaboración del intérprete con el espíritu que aparece como autor de la declaración], *Interpretazione della legge...*, op. cit., p. 140.

¹⁷¹ "Corte costituzionale...", op. cit., p. 47.

¹⁷² Precepto que establece: "Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento." [El control del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de una ley o de un acto con fuerza de ley excluye toda apreciación de carácter político y todo control del uso del poder discrecional del Parlamento].

¹⁷³ Cappelletti, Mauro, "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, p. 775. Cfr. también Posner, Richard, op. cit., p. 3. Asimismo, Rodota, Stefano, "La svolta 'política' della Corte Costituzionale", *Politica del diritto*, 1970, p. 37.

¹⁷⁴ Grotanelli De Santi, op. cit., p. 53. Como afirman Lavagna, Carlo, op. cit., p. 208, y Lucas Verdú, Pablo, entre otros escritos en *La Constitución en la encrucijada*, Madrid, Real Academia de ciencias

el intérprete supremo y el legislador democrático. Se trataría de combinar autocontrol y ese cierto activismo que la adaptación de la Constitución al tiempo requiere.¹⁷⁵

Si la creatividad es inevitable, se trataría entonces de graduarla con la orientación de una doctrina jurídica que la enmarque,¹⁷⁶ para evitar sus extralimitaciones,¹⁷⁷ y hacer imposible que caiga en la mera arbitrariedad;¹⁷⁸ sobre todo para que el supremo intérprete no ocupe indebidamente, vía suplencia, el lugar de legislador democrático. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la noción de las *political questions* y del *self-restraint* ha intentado atemperar su potencial activismo, aunque con frecuencia haya sido "beligerante en política".¹⁷⁹ O la noción de *actes de gouvernement*¹⁸⁰ que la doctrina francesa ha conformado. Entrar en ciertas materias para efectuar un control más allá de lo formal podría perjudicar el correcto funcionamiento del sistema constitucional mismo.¹⁸¹

3. Factor axiológico

No parece discutible afirmar que el orden jurídico es un continente de estimaciones, valoraciones, acerca de la realidad que pretende regular.

Morales y Políticas, 1994. Y de otra manera, también Bachof quien afirma que el Tribunal Constitucional es un "auténtico factor de poder", *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁵ Como sostiene Fondevila Marón, Manuel, *op. cit.*, p. 86.

¹⁷⁶ Como sugiere Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 612. También Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación constitucional y el carácter objetivo del control jurisdiccional", *op. cit.*, p. 110. Y recuérdese el ensayo de Calamandrei, Piero, "La certeza del Derecho y las responsabilidades de la doctrina", en *Los estudios de Derecho procesal en Italia*, Buenos Aires, Ejea, 1959, pp. 1321 y ss.

¹⁷⁷ Cappelletti, "La corte costituzionale...", *op. cit.*, p. 617.

¹⁷⁸ Cappelletti, Mauro, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, Padua, Cedam, 1957, p. 145. Modugno, Franco, "La giurisprudenza costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, pp. 1232 y ss.

¹⁷⁹ García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1952, p. 350.

¹⁸⁰ Vanwelkenhuyzen, en Chaïm, Perelman *et al.*, *Le notions à contenu variable*, Bruselas, Bruylant, 1984, p. 116. Relativamente en contra se muestra Schneider, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸¹ Leibholz, Gerhard, *op. cit.*, p. 92.

Esto es tanto más cierto cuando nos referimos a la Constitución¹⁸² que formaliza las estimaciones esenciales que irradian en todo ordenamiento jurídico. Así que es inevitable tener presente el factor axiológico a la hora de interpretar¹⁸³ pues toda interpretación tendría "carácter estimativo",¹⁸⁴ singularmente la interpretación constitucional.¹⁸⁵ Este elemento conecta con la creatividad explicada porque la causa¹⁸⁶ y la justifica.

Es cierto que el alcance de este factor, tan indiscutiblemente consolidado como "elemento estructural de la elaboración y aplicación del derecho",¹⁸⁷ no es fácil de determinar¹⁸⁸ y no han faltado críticas, la más sagaz, la de Carl Schmitt; para quien la carga innecesaria de datos valorativos formaliza una utopía que deviene científica".¹⁸⁹ Desde luego no se trata de caer en una "absolutización" de los valores,¹⁹⁰ sino de dotar al ordenamiento de una racionalidad material orientada a esos valores.¹⁹¹ Si el derecho natural no sirviera como pauta en la que anclar¹⁹² esa "moral positiva",¹⁹³ habría que apelar sobre todo a la dignidad de la persona y a

¹⁸² Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, op. cit.

¹⁸³ Betti, Emilio, *Interpretazione...*, op. cit., p. 130. En específico, en la interpretación constitucional, el mejor estudio que conozco acerca de la conexión entre interpretación y valores es la de Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, op. cit., pp. 297 y ss.

¹⁸⁴ Lucas Verdú, Pablo, *Curso...*, op. cit., p. 216.

¹⁸⁵ Rubio Llorente reconoce una tendencia "axiológizante" debido a los contenidos de las disposiciones constitucionales que garantizan determinados valores o aseguran derechos fundamentales, op. cit., p. 608. Asimismo, Manuel Aragón Reyes se refiere a la interpretación valorativa para extraer el sentido de "las cláusulas materiales de valor", "La interpretación constitucional y el carácter objetivo del control jurisdiccional", op. cit., p. 120. Antonio Torres del Moral enlaza los valores y la interpretación finalista con el elemento teleológico, "Interpretación teleológica de la Constitución. Interpretación constitucional finalista", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., vol. II, pp. 1285 y ss.

¹⁸⁶ Comanducci, Paolo, op. cit., p. 491. El mejor estudio que conozco acerca de la conexión entre interpretación y valores es la de Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, op. cit., pp. 326 y ss.

¹⁸⁷ Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, op. cit., p. 20. Sobre la inclusión de la moral, cfr. Alexy, Robert, "Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, op. cit., vol. I, p. 4.

¹⁸⁸ Larenz, Karl, op. cit., p. 203.

¹⁸⁹ Schmitt, Carl, "La tirannia dei valori", *Rassegna di diritto pubblico*, 1970, p. 1.

¹⁹⁰ Contra la que previene Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. cit., p. 171.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 169.

¹⁹² Alonso García, op. cit., p. 257.

¹⁹³ Que Hart critica. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 2.

los derechos que le son inherentes¹⁹⁴ y a la igualdad.¹⁹⁵ Frente a estos elementos vertebradores del orden constitucional no cabe indiferencia estimativa,¹⁹⁶ pues desconociéndolos se defraudaría la proyección misma de la Constitución.¹⁹⁷ La interpretación constitucional se convierte así, cuando se ocupa del control de constitucionalidad material, en una valoración, un pensamiento orientado a valores.¹⁹⁸

IV. Otras herramientas de interpretación constitucional

No es fácil ordenar la miscelánea colección de herramientas interpretativas que el supremo intérprete utiliza, además de los elementos ya analizados. Un primer criterio ordenador podría ser la regulación, pero casi ninguno de los criterios interpretativos está regulado, salvo los tradicionales —como hemos visto— o excepcionalmente alguno en la Constitución. Sobre estos últimos (artículos 10.2 de la Constitución española o 1o. de la Constitución mexicana) nos referiremos más adelante; basta decir que, en general, se interpretan los derechos constitucionales conforme a los derechos reconocidos respectivamente en la Convención Americana y en el Convenio Europeo, según la interpretación de estos tratados realizada por la Corte Interamericana y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sería éste uno de los principios de la interpretación constitucional propuestos por Häberle: el de interpretación favorable a la integración supranacional.¹⁹⁹

Otra herramienta relativa a los derechos es la referencia al contenido esencial (artículos 53.1 de la Constitución española y 19.2 de la Ley

¹⁹⁴ Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa...*, op. cit., p. 20. El mismo autor acaba afirmando que la verdadera *Grundnorm* [norma fundamental] es la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, en *La Constitución en la encrucijada*, op. cit.

¹⁹⁵ Starck, Christian, "Légalité en tant que mesure du droit", *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, París, Economica 1994, pp. 109-121.

¹⁹⁶ Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, op. cit., p. 89.

¹⁹⁷ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., pp. 133 y 134.

¹⁹⁸ Como lo califica Larenz, Karl, op. cit., p. 213. También Zagrebelsky resalta la conexión de la interpretación con los valores, *Il diritto mite*, op. cit., p. 188.

¹⁹⁹ Häberle, Peter, "Métodos...", op. cit., p. 696.

Fundamental de Bonn) que el legislador ha de respetar al regularlos. Esta imposición constitucional al legislador obliga al supremo intérprete a fijar, derecho por derecho, su contenido esencial.²⁰⁰

Entrando ya en las herramientas que han ido creando los supremos intérpretes,²⁰¹ acaso la presunción de constitucionalidad sea la más importante de ellas. Se parte de la legitimidad de la norma enjuiciada cuya inconstitucionalidad debe acreditar quien recurre, lo que implica proyectar en el control de constitucionalidad un canon elemental de todo proceso judicial: quien recurre tiene que fundar su acusación. La utilidad de este modo de proceder está más que justificada en la jurisdicción constitucional porque es el fruto del legislador democrático lo que se enjuicia, y los intérpretes supremos tienden desde el *horror vacui* a conservar el derecho dado, a fin de evitar la anulación de la norma. Antes tratan de acomodarla a la Constitución a través de la interpretación conforme de la norma impugnada. Este proceder da lugar a lo que ya analizamos más atrás: el paso del control nomofiláctico al control nomotético en el que se conserva la disposición enjuiciada, pero se descarta alguna de sus interpretaciones posibles.

También es cierto que las sentencias interpretativas en las que la operación descrita se despliega presentan inconvenientes y riesgos indudables²⁰² porque en ocasiones, so pretexto de diferencia con el legislador, acaban haciendo decir a la ley lo que la ley no dice, para asumir así una función legiferante que no corresponde al intérprete y que alcanza niveles

²⁰⁰ Cfr. Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto y Pardo, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 95 y ss; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 66 y ss.

²⁰¹ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, op. cit., pp. 198 y ss.

²⁰² Cfr., especialmente, Garrorena, Ángel, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", AA. VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 1843-1845. Díaz Revorio, Francisco, "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas", *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, núm. 8, 2001, pp. 177. También Díaz Revorio, Francisco, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, op. cit., p. 35; Figueroa, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, op. cit.

más que discutibles en las sentencias manipulativas. La interpretación conforme reclama, también ella, sumo cuidado para no convertirse en activismo indeseable que por añadidura provoca, en los sistemas de control concentrado, desavenencias entre el tribunal constitucional y el tribunal supremo.

Ligado a la interpretación de los derechos descuella el criterio *favor libertatis* cuya justificación deriva de la exigible promoción de la libertad que viene anudada al fin último del Estado constitucional. Es preferible por tanto la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos, justificación última del Estado constitucional, y la interpretación *pro persona* (artículo 1o. de la Constitución mexicana) debe preferirse a cualquier otra.

Además, como la legislación es por antonomasia límite de la libertad, estas potenciales limitaciones deben justificarse en la consecución de un fin legítimo que no puede consistir sino en el disfrute de los derechos por parte de todos (artículo 4 de la Declaración de 1789) o la realización de un valor o bien constitucionalmente previsto.

Surge entonces la necesidad de interpretar restrictivamente los límites que se impongan a los derechos que habrán de introducirse mediante la ley, como exigen los tratados internacionales y las propias Constituciones, para satisfacer esos bienes que mediante tales limitaciones tratan de promoverse.

Para abordar hermenéuticamente esos límites y comprobar su legitimidad nació la idea de razonabilidad:²⁰³ serían irrazonables y, en consecuencia, inconstitucionales aquellas intervenciones absurdas. El "poder de la razón jurídica",²⁰⁴ la "apreciación razonable",²⁰⁵ ha acabado articulándose en un proceder argumental —central hoy en la interpretación

²⁰³ Savigny, Friedrich Karl von, *op. cit.*, p. 188.

²⁰⁴ Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975, p. 498.

²⁰⁵ Geny, François, *op. cit.*, p.185.

constitucional— que se denomina juicio de proporcionalidad²⁰⁶ y que, tras verificar la exigencia formal de la ley y la presencia de un fin legítimo comprueba, primero, la adecuación al fin de la limitación introducida; segundo, su necesidad, es decir, la inexistencia de una potencial medida menos gravosa para el derecho afectado; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, en otras palabras, si la medida no provoca sacrificios excesivos para el derecho afectado.

El celo demostrado por los intérpretes constitucionales en defensa de los derechos fundamentales les ha llevado a expandir el ámbito de su disfrute de diversas maneras, en particular, mediante el empleo del elemento evolutivo.²⁰⁷ En esto rivalizan los supremos intérpretes estatales y los supranacionales; juntos han creado un entendimiento común de los derechos basado en su expansividad. Han inferido nuevos contenidos de derechos preexistentes o ampliado su titularidad o su ámbito normativo, sin que por lo general los enunciados (programas) normativos hubieran cambiado. En ningún ámbito mejor que en este se ha demostrado el poder de la interpretación constitucional.

Por último, debemos resaltar la importancia de una herramienta que no es en rigor hermenéutica, pero que modula el uso de los criterios propiamente interpretativos. Tiene que ver con el funcionamiento mismo del orden constitucional y del sistema institucional²⁰⁸ que viene a crear. La interpretación ha de servir al correcto funcionamiento de los poderes públicos.

Si ya nos hemos referido al *horror vacui* que sienten los tribunales constitucionales, hay que ocuparse también de la previsión de las consecuencias

²⁰⁶ Al respecto, entre otros, Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 11. González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

²⁰⁷ Canosa, Raúl, "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 42-98.

²⁰⁸ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, op. cit., p. 83.

que el intérprete supremo puede esperar que tengan sus decisiones.²⁰⁹ Éste no siempre puede eludir pronunciamientos con repercusiones políticas —todos los suyos las tienen— y, por lo general, los máximos intérpretes carecen de un *certiorari*, como el que dispone la Corte Suprema de los Estados Unidos, que les permita escoger los casos, así que, ante la imposibilidad de evitar pronunciarse, deben considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones y escoger la solución interpretativa que, fruto de una argumentación cuidadosa, produzca la menor controversia política posible. Este proceder es, en realidad, el verdaderamente evolutivo y permite al máximo intérprete colaborar en el proceso de integración estatal.

Muchas veces la previsión de las consecuencias condiciona y modula al menos el tenor de las decisiones de los intérpretes y también explica el momento escogido por ellos para emitirlos, demorando de manera frecuente el instante de hacerlas públicas²¹⁰ o, llegado el caso, a modular los efectos de sus decisiones como ha hecho el Tribunal Constitucional español al declarar la nulidad diferida u optando por la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad. A la postre, los supremos intérpretes son órganos constitucionales cuya posición en el sistema institucional se centra en decir la última palabra como órgano de cierre del ordenamiento; así se explican esas previsiones y modulaciones que tan frecuentemente reflejan su comportamiento y el contenido de sus resoluciones. Se trataría de una suerte de test de oportunidad constitucional²¹¹ que conectaría con el estado de la opinión pública²¹² o de la distribución de las fuerzas políticas parlamentarias.²¹³

²⁰⁹ Canosa, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 241. En torno a esta idea de previsión de las consecuencias y de la búsqueda de un resultado, *cf.* Andrioli, Virgilio, "Motivazioni e dispositivo nelle sentenze della corte costituzionale", *Rivista di diritto e procedura civile*, 1962, p. 550; Pensavecchio Li Bassi, Antonino, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 110. Michel Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1968, p. 609. Esser, Josef, *op. cit.*, p. 369; Enneccerus, Ludwig, *Derecho civil (parte general)*, Barcelona, Bosch, 1953, p. 207. Martines, Temistocle, "Questione...", *op. cit.*, p. 409; y Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 546.

²¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti*, *op. cit.*

²¹¹ Andrioli, Virgilio, *op. cit.*, p. 551.

²¹² D'Orazio, Giustino, *La genesi della corte costituzionale*, Milán, Edizioni di comunità, 1981, p. 61.

²¹³ Occhicupo, Nicola, "La corte costituzionale come giudice di opportunità delle leggi", *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il mulino, 1978, p. 51.

D. Conclusión

Los peligros de una interpretación constitucional sin método

La interpretación constitucional conservará siempre su inevitable carácter polémico, debido a la imposibilidad de controlar las decisiones de quienes fijan su alcance. Y en este contexto se ha generalizado la opinión de que la interpretación constitucional es inevitablemente creativa debido a la singularidad de su principal objeto, las disposiciones constitucionales que encarnan los valores del ordenamiento. Además, el que en materia de derechos fundamentales la última palabra se desplace a un jugador internacional no hace sino agravar el problema de esa discutida legitimidad democrática. En este contexto es evidente la utilidad del *self-restraint* que contiene el activismo potencial del intérprete supremo, pero a pesar de este autocontrol son muchos los ejemplos de todo lo contrario, de una gran creatividad que se ha manifestado en especial en el campo de los derechos fundamentales y plasmado tanto en la jurisprudencia nacional como, de manera particular, en la internacional.

El objetivo de activar la Constitución corre el peligro de realizarse a expensas del legislador democrático y a costa de una pérdida de juridicidad de la Constitución,²¹⁴ debido al antiformalismo que la creatividad interpretativa necesita. Esta creatividad produce a veces verdaderas mutaciones²¹⁵ que paradójicamente se producen a través del órgano encargado de defender la Constitución. En estos supuestos la creatividad del intérprete supremo se impone, pero como amplía el ámbito de los derechos fundamentales y conecta con un amplio sentir social, sus excesos son consentidos e incluso aplaudidos.

En sus manifestaciones más llamativas que vienen asociadas a Constituciones muy explícitas, la interpretación beligerante es resultado de un

²¹⁴ Forsthoft, Ernst, "La trasformazione della legge costituzionale", *op. cit.*, pp. 186 y ss.

²¹⁵ *Cfr.* Al respecto el clásico libro de Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

constitucionalismo dirigente: cuando la Constitución decide mucho (lo que ocurre con frecuencia en Iberoamérica), menos margen queda al legislador democrático y el intérprete supremo tienen que hacer valer lo decidido por el Constituyente frente al legislador, incluso suplantándolo cuando su lenidad amenaza con dejar inactivos los mandatos del Constituyente. Y asociado a lo anterior se corre el riesgo que denuncia Rodolfo Vigo²¹⁶ de "sobreinterpretación" o "sobreconstitucionalización", que podría derivar en una suerte de constitucionalismo mágico mediante la búsqueda de todas las soluciones en la Constitución.

Para sortear tantos peligros, al lado del saludable autocontrol, es crucial que la interpretación se despliegue en el marco de una teoría de la Constitución de la que formaría parte la específica de la interpretación constitucional; estas páginas han abordado dos aspectos cruciales de esa teoría: la determinación de las peculiaridades del objeto de la interpretación y el método para llevarla a cabo. La interpretación se fundaría así en la razón jurídica y se alejaría de la mera discrecionalidad del intérprete.

E. Fuentes

Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 11.

_____, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

²¹⁶ Vigo, Rodolfo, *Interpretación (argumentación)*, *op. cit.*, p. 278.

Andrioli, Virgilio, "Motivazioni e dispositivo nelle sentenze della corte costituzionale", *Rivista de diritto e procedura civile*, 1962, p. 550.

Antieu, Chester James, *Constitutional construction*, Londres-Nueva York, Oceana Publications, 1982.

Aragón Reyes, Manuel, "El futuro de la justicia constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 21, 2019, pp. 11 y ss.

—————, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.

Ascoli, Max, "Tendenze interpretative della costituzione italiana", *Democrazia e diritto*, 1961, p. 187.

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, Madrid, Civitas, 1989.

Betti, Emilio, "Di una teoria generale della interpretazione", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965.

—————, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1971.

Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1982.

Bloom, Lackland H., *Methods of Interpretation: How the Supreme Court reads the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

Bobbio, Norberto, *Novissimo digesto*, vol. X, Turín, Editrice torinese, 1962.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "La giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione", Nicoletti, Michele y Brino, Omar (eds.), *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006.

_____, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Breyer, Stephen, *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, Nueva York, Random House, 2005.

Calamandrei, Piero, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", *Rivista di diritto processuale*, 1956.

_____, "La certeza del Derecho y las responsabilidades de la doctrina", *Los estudios de Derecho procesal en Italia*, Buenos Aires, Ejea, 1959, pp. 1321 y ss.

Canosa, Raúl, "Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional", Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luís Sánchez Agesta, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, 1989, pp. 267-289.

_____, "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, vol. I, pp. 237-259.

_____, "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, IJ-UNAM, 2008, pp. 42-98.

_____, "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2008.

_____, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Cappelletti, Mauro, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine genérico*, Padua, Cedam, 1957.

_____, "La corte costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario", *Rivista di diritto processuale*, 1981, p. 613.

_____, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1984.

_____, "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981.

Carbone, Carmelo, *L'interpretazione delle norma costituzionali*, Padua, Cedam, 1951.

Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1996.

Carpizo, Jorge y Fix Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Chaïm, Perelman *et al.*, *Le notions à contenu variable*, Bruselas, Bruylant, 1984.

- Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- Crisafulli, Vezio, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, Studi urbinatei, 1939.
- _____, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffrè, 1952.
- D'Orazio, Giustino, *La genesi della corte costituzionale*, Milán, Edizioni di comunità, 1981.
- Dau Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Oñate, IVAP, 1998.
- De Otto Pardo, Ignacio, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en Benigno Pendás (dir.), *España constitucional (1978-2018)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas", *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, núm. 8, 2001.
- _____, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- _____, *La Constitución abierta y su interpretación*, Lima, Palestra, 2004.
- _____, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- _____, "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas", *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, núm. 8, 2001, p. 177.

Dogliani, Mario, *Interpretazioni della costituzione*, Turín, Franco Angeli, 1981.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

Enneccerus, Ludwig, *Derecho civil (parte general)*, Barcelona, Bosch, 1953.

Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

Farber, Daniel A. y Sherry, Suzanna, *Judgment calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2008.

Fernández Segado, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VI, UNAM, 2008.

Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997

Figuroa, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

- Fix-Zamudio, Héctor, "El juez ante la norma constitucional", *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, núm. 4, octubre-noviembre, 1970.
- Fondevila Marón, Manuel, *Los jueces de la Constitución y del pueblo*, A Coruña, Colex, 2021.
- Forsthoff, Ernst, "La trasformazione della legge costituzionale", *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973.
- García Pelayo, Manuel, "Derecho constitucional comparado", Madrid, *Revista de Occidente*, 1952, p. 350.
- Garrorena, Ángel, "Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional", en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997.
- _____, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", AA. VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 1843-1845
- _____, "Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas", *Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002.
- Geny, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.
- Gomes Canotilho, Joaquim, *Direito constitucional*, Coimbra, Almeida, 1980.
- González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

González Rivas, Juan José, "La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005): (comentario sistemático de la Constitución)", *Revista de derecho procesal*, 2005.

Grotanelli de Santi, Giovanni, "Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte costituzionale", *Archivio giuridico*, 1962.

Guastini, Riccardo, "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?", *Cuadernos constitucionales, de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 25, 1998.

_____, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004.

_____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.

Häberle, Peter, "Métodos y principios de la interpretación constitucional", Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Habermas, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán, Guerini, 1996.

Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Madrid, Editora Nacional, 1980.

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Kelsen, Hans, "La garanzia giurisdizionale", *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.

—————, "La garanzia giurisdizionale", *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.

—————, *Sulla teoria dell'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1982.

—————, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979.

Kirchmann, Julius, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.

Lavagna, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, Utet, 1982.

Lazzaro, Giorgio, *L'interpretazione sistematica della legge*, Turín, Giappichelli, 1965.

Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.

Leibholz, Gerhard, "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, p. 89.

Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953,

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.

Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975.

López Guerra, Luis, "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*", *El Tribunal constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1437-1455.

Lucas Verdú, Pablo, "Política y Justicia constitucional. Consideración sobre la naturaleza y funciones del Tribunal constitucional", *El Tribunal constitucional, Instituto de Estudios fiscales*, Madrid, 1981, pp. 1483.

_____, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1981, vol. II.

_____, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.

_____, *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1984.

_____, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1995.

_____, *La Constitución en la encrucijada*, Madrid, Real Academia de ciencias Morales y Políticas, 1994.

_____, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.

Luchaire, François, "De la méthode en droit constitutionnel", *Revue du Droit Public*, 1981.

Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto y Pardo, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.

Martines, Temistocle, "Indirizzo politico", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XXII, Milán, Giuffrè, 1971.

_____, "Questioni vecchie e nuove in tema di attività interpretativa della Corte costituzionale", *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, VI, Firenze 1969.

_____, *Contributo ad una teoria giuridica del indirizzo politico*, Milán, Giuffrè, 1957.

Merola Chierchia, Piero, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padua, Cedam, 1978.

Michel Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, 1968.

Modugno, Franco, "La giurisprudenza costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 1232.

Montesquieu, C., *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1980.

Mortati, Costantino, *La costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940.

_____, "Questione sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge", *Scritti*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1972.

_____, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, Cedam, 1975.

Nieto, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. I, 1983.

O'Neill, Johnathan, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2005.

- Occhiocupo, Nicola, "La corte costituzionale come giudice di opportunità delle leggi", *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il mulino, 1978.
- Papaspyrou, Nicholas, *Constitutional Argument and Institutional Structure in the United States*, Oxford-London-New York, 2018.
- Pensovecchio Li Bassi, Antonino, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972.
- Pérez Royo, Javier, "La interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Interpretación constitucional*, ob. cit., vol. II.
- Pierandrei, Franco, "L'interpretazione della costituzione", *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, Spe, 1965.
- Pizzorusso, Alessandro, *Lezioni di diritto pubblico*, Roma, Il foro italiano, 1981.
- Posner, Richard A., *Federal Courts: Crisis and Reform*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985.
- Revenge, Miguel, "Notas sobre justicia constitucional e interpretación de la Constitución, o en defensa de la interpretación como dialogo", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 141-158.
- Rodota, Stefano, "La svolta 'politica' della Corte Costituzionale", *Politica del diritto*, 1970, pp. 37.
- Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florencia, 1951.
- Rubio Llorente, Francisco, "La Constitución como fuente del derecho", *La Constitución española en las fuentes del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

_____, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema de derecho romano*, Madrid, Centro Editorial Góngora, 4a. ed., s.d. [1939].

Schmitt, Carl, "La tirannia dei valori", *Rassegna di diritto pubblico*, 1970.

_____, *La defensa de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.

Schneider, Hans Peter, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982.

Schwartz, Bernard, *Constitutional Law*, Nueva York, The Macmillan Company, 1972.

Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Spagna Musso, Enrico, *Diritto costituzionale*, Padua, Cedam, 1981.

Starck, Christian, "L'égalité en tant que mesure du droit", *La Constitution. Cadre et mesure du droit*, París, *Económica* 1994, pp. 109-121.

Stein, Ekkehart, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973.

Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987,

_____, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.

Tarello, Giovanni, "Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi", *Politica e diritto*, 1977.

_____, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Tribe, Laurence H., *Constitutional Choices*, Harvard University Press, 1985.

Tribe, Laurence y Dorf, Michael C., *Interpretando la Constitución*, Lima, Palestra, 2017.

Triepel, Heinrich, *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1986.

Vanwelkenhuyzen, André, "La separation de pouvoirs, notion à contenu variable", en Chaim, Perelman, *Les notions à contenu variable*, Bruselas, Bruylant, 1984.

Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

Vidal Prado, Carlos, "Mutación e interpretación constitucional: la influencia de la República de Weimar", en Eloy García López (ed.), *Weimar, el 'Momento democrático de los modernos' entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, pp. 153 y ss.

Vigo, Rodolfo, *Interpretación (argumentación) en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe Argentina, Rubinzai-Culzoni, 2015.

Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

Wróblewski, Jerzy, "An Outline of a General Theory of Legal Interpretation", *La Interpretación Constitucional*, Universidad del País Vasco, 1985.

_____, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.

Zagrebelsky, Gustavo, "Appunti in tema di interpretazione e di interpretazione della costituzione", *Giurisprudenza costituzionale*, 1970.

_____, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1993.

_____, *Principi e voti*, Turín, Einaudi, 2005.

3. Teoría de las sentencias constitucionales

Oswaldo A. Gozáini*

* Doble doctorado por la Universidad de Buenos Aires, con el mérito de ser el único caso en la historia de la UBA que obtiene dos títulos de Doctor en Derecho en las áreas que especializa su conocimiento (Derecho Constitucional en 1987 y Derecho Procesal en 2010). Es posdoctor en la misma universidad con tesis calificada como Sobresaliente (Legitimación. Capacidad y Representación en el Código Civil y Comercial de la Nación, publicada por la editorial Rubinzal-Culzoni). Profesor titular por concurso de antecedentes y oposición en la asignatura Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho (UBA) en el año 1996. Tiene escrito casi un centenar de libros donde se encuentran tratados, ensayos y obras de alta especialización. Es Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dirige en esta Facultad la carrera de especialización en Derecho Procesal, y en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora es Director de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional. Fue Investigador Principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1992-1993). Fue Director de la carrera de abogacía y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano (Argentina) (1993-1999). Ha dictado conferencias en toda Latinoamérica, Estados Unidos, España, Portugal, Italia y Austria. Sus libros se han publicado en México (siete libros), Panamá (dos libros), Colombia (cuatro libros), Perú (tres libros), Paraguay (dos libros), Ecuador, Uruguay, Brasil, España e Italia. La ley n° 5763 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo declaró "Personalidad Destacada de la Ciencia Jurídica".

Sumario: A. Introducción. B. Los objetivos de una sentencia constitucional. C. La construcción técnica de la sentencia constitucional. D. De la teoría a la práctica. E. Efectos de las sentencias constitucionales. F. Conclusiones.

A. Introducción

1.1 Existe un problema general en Latinoamérica cuando se define la sentencia constitucional. La importancia de elaborar una teoría sobre ella contiene la necesidad de esclarecer la referencia a los tipos y efectos que de ellas se desprenden, tal como propone este libro colectivo.

Por nuestra parte, hemos ensayado en distintas ocasiones una opinión sobre la naturaleza jurídica de las "Sentencias Constitucionales" (Panamá, 2014), o en la "Teoría de la sentencia constitucional" (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional) y de la más reciente, las "Sentencias constitucionales. Teoría y Práctica" (Buenos Aires, 2021); en todos ellos, se ha señalado la evolución jurisprudencial, y sobre todo, el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, con el uso del control de convencionalidad, fue desarrollando un modelo de construcción diferente al tradicional (presentación del caso; consideraciones de hecho y de derecho, y sentencia definitiva), al mismo tiempo

que dio espacios a la creatividad del Tribunal y a un patrón muy alejado de la justicia dirimente que se caracteriza por levantar la mano del ganador, dando algunas razones y motivos.

1.2 Comenzar con una teoría nos facilita la aplicación práctica, pues al procurar despejar las confusiones conceptuales, no pretendemos dar una lección técnica apropiada, sino encuadrar con una interpretación común las distancias que tienen los países en los que el control de constitucionalidad lo ejercen todos los jueces, de modo que al aplicar en sus decisiones el principio de la supremacía y el deber de controlar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales, cualquier sentencia sería constitucional por sus efectos.

Es decir, la idea rectora es no diferenciar las decisiones según provengan de lugares donde el control de constitucionalidad es *concentrado*, en los que el desconcierto es menor porque la sentencia que profiera el Tribunal (político o jurisdiccional) será constitucional por esencia y derivación directa de la teoría del órgano, que define la naturaleza de la decisión por la institución de la que proviene; respecto de aquellas sentencias que resuelve un juez ordinario dentro de un proceso constitucional (v.gr.: amparo).

Lo cierto es que el panorama está abierto a varias interpretaciones y lleva a la necesidad de definir cuándo se está ante una sentencia constitucional para poder, así, cualificar su esencia y calidad.

1.3 Más allá de la cuestión profunda de la naturaleza jurídica, que nos orienta en los contenidos esenciales y define los efectos del pronunciamiento, también la construcción de cómo se elabora la sentencia trabaja con principios procesales muy diferentes a los que tiene una sentencia ordinaria.

En primer plano queda de manifiesto que es diferente de una decisión común en la que la razón del derecho se divide en ganadores y perde-

dores. Aquí no se focaliza a la persona y la cuantía de su argumento fundado, porque la mirada se pone en el derecho constitucional afectado, de manera que la bilateralidad de testimonios puede quedar en segundo plano por la aplicación de principios propios y específicos de la interpretación constitucional.

Es en este tramo donde anida buena parte del desarrollo doctrinario, que sin haber analizado el presupuesto anterior (naturaleza jurídica), se clasifican las sentencias constitucionales sin explicar por qué se pueden apartar del modelo tradicional de elaboración.

Esto se constata inclusive en la redacción de nuevas cartas superiores locales y federales, que confunden la actividad jurisdiccional propia del control de constitucionalidad, con la eficacia potestativa de la sentencia, convirtiéndola en un mandato impropio, o revirtiendo hacia una legislación indirecta.

Este aspecto no se puede soslayar toda vez que replantea la discusión sobre la jurisdicción y la legislación, o dicho en otros términos, en la posibilidad de tener jueces que con sus sentencias creen derechos como si fueran legisladores.

1.4 Una proyección del problema advertido está en la eficacia *erga omnes* donde hemos tenido oportunidad de señalar las asimetrías de aplicación en el modelo continental europeo respecto del latinoamericano.¹

En este espacio la desigualdad entre el control de constitucionalidad difuso que resuelve solamente en y para casos concretos se distancia del modelo concentrado que puede remediar en abstracto (modelo kelseniano) y con proyecciones hacia todos; e inclusive trabajar en casos

¹ Gozaíni, Osvaldo A., *Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes*. Publicado en La Ley, 2007-D, del 8 de agosto de 2007. También en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, 1ª ed., México, Porrúa, tomo I, 2011, p. 153.

donde la eficacia expansiva de la sentencia se puede aplicar a la generalidad de un grupo o sector.

Es notable lo resbaladizo del suelo en este terreno, porque no toda Latinoamérica ha diseñado un modelo apropiado de proceso colectivo² que es acorde con el tipo de sentencia a disponer.

Comprende el problema la más autorizada doctrina cuando sostiene:

[...] Debe tomarse en consideración que debido a la naturaleza fundamental de los conflictos que dichos organismos deben resolver, se requirió el establecimiento de matices y modalidades. No debe olvidarse que si bien los mencionados organismos especializados deciden de manera definitiva las cuestiones de constitucionalidad, los jueces y tribunales ordinarios también intervienen de cierta forma en el examen de las cuestiones constitucionales, en cuanto dichos juzgadores están obligados a aplicar las normas ordinarias de acuerdo con los preceptos constitucionales, directamente en el sistema americano (control difuso), y en forma refleja en el régimen europeo continental (control concentrado). En este último los jueces y tribunales ordinarios no están facultados para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que aplican en los procesos concretos, pero sí tienen la atribución de elevar el asunto ante la jurisdicción especializada, para que ésta decida sobre la constitucionalidad de dichas normas ordinarias, y los criterios de estos últimos son definitivos y con efectos generales, por lo que todos los jueces ordinarios resolverán las controversias pendientes sobre la materia de la cuestión de constitucionalidad, con los lineamientos de los especializados, cuya jurisprudencia es obligatoria.³

² Se debe reconocer el esfuerzo que han hecho juristas e instituciones por conseguir este objetivo. Vale la pena destacar el Código Modelo Tipo para Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aprobado en Caracas, en el año 2002, que en verdad no se refleja como influyente.

³ Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, UNAM / Porrúa, 2009, p. 10.

El dilema del intelecto se profundiza cuando se observa que las sentencias estimatorias, es decir, las que hacen lugar al planteo de una irregularidad constitucional que deriva en la declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad, no tienen el mismo efecto expansivo cuando se rechaza la pretensión, como si hubiera una suerte de crédito al que pide por lo inconstitucional que puede replantear *sine die*, sin darle seguridad jurídica a la contraparte (autoridad pública o ente estatal).

B. Los objetivos de una sentencia constitucional

2.1 Así como la arquitectura constitucional de una sentencia tiene diferencias con los pronunciamientos ordinarios, también el objeto encuentra varias dudas que se deben despejar antes de comenzar a elaborar la decisión.

La primera distinción llega del órgano que interviene. Esto nos obliga a trabajar la explicación en dos o tres planos distintos, desde que una cosa es el objetivo que tienen los Tribunales Constitucionales actuando en abstracto o en casos concretos, respecto de los jueces comunes que, aplicando el poder de interpretación constitucional en un caso singular, pueden disponer la sentencia con efectos particulares o expandirlos hacia un colectivo superior.

La asimetría no es baladí porque el tipo de cosa juzgada depende del modelo de intervención, en donde se llega a encontrar un ejemplo especial llamado *cosa juzgada constitucional*, que pone a la decisión ante requerimientos propios de la naturaleza jurídica que perseguimos encontrar.

2.2 Es en este territorio donde se ha de definir si la sentencia constitucional es creadora, recreativa de derechos, si construye en los principios generales una nueva fuente de recurrencia, o si será de naturaleza política. En fin, estas y otras interrogantes son las bases para propiciar una teoría general de las sentencias constitucionales.

Díaz Revorio, en una obra que puede quedar afincada entre los clásicos de la materia, señala que no son menores estos problemas, y más aún cuando se trata de entender que el objeto del control es únicamente la norma. Pero como siempre, entre el blanco y el negro existe un sinfín de matices grises, y algunas opiniones doctrinales que han defendido que el objeto del control de constitucionalidad no es exclusivamente el texto o la norma. En Italia, Delfino ha distinguido entre: *a)* la abrogación —cesación de la eficacia—, que debe operar exclusivamente sobre la norma —y solo sobre la norma que ha dado lugar a la antinomia—, sin extender sus efectos al acto-fuente o disposición legislativa (la extinción de la norma no determina en sí misma la extinción de la ley), y *b)* la declaración de ilegitimidad constitucional, que recae directamente sobre la ley o acto-fuente. También se ha dicho que los pronunciamientos de la Corte inciden en primer lugar y normalmente sobre textos, pero también sobre normas, cuando no existe correspondencia unívoca entre texto y norma y el mantenimiento de la disposición se justifica porque también derivan de ello normas constitucionales [...].⁴

De lo expuesto se podría colegir una audacia más de la interpretación, con el fin de poner en duda si la sentencia constitucional puede no ser un acto procesal, como sin discusiones la recibe y explica la doctrina. Y si no lo fuera, la dimensión política y el parentesco con la legislación indirecta o contra mayoritaria, sería natural de la función.

Cuando se atreven a pensar en este sentido, es inmediata la aplicación del principio de legalidad y eficacia refleja, que vuelve ejecutable la decisión sin tener que esperar los tiempos de la recurrencia o agravios procesales.

En un sistema de control difuso está diluida esta posibilidad, pero en los modelos de control jurisdiccional concentrado y también en los sis-

⁴ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, México, UNAM / Porrúa, 2011, pp. 19-20.

temas políticos propiamente dichos, como son los tribunales europeos, la posibilidad deja de ser una expectativa, pues se encuentran muchas resoluciones de tal carácter y condición.

2.3 Asimismo el objetivo de dar eficacia al control de constitucionalidad no se desentiende de la virtud que se pretende propia en la actividad del órgano (Juez o Tribunal). De allí que no siempre es factible deducir una sentencia sin el proceso que le antecede.

Este debido proceso es la antesala de la decisión que, como resulta obvio advertirlo, es el fin de un camino que se transita con objetivos particulares del que plantea la cuestión de constitucionalidad, y objetivos generales de la jurisdicción que tiene el deber de actuar fiscalizando el principio de la supremacía constitucional y el resguardo efectivo del control de convencionalidad. Agrega García Belaunde que

[...] las sentencias constitucionales son un tipo procesal. Esto es, son tan sentencias como las otras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.⁵

⁵ García Belaunde, Domingo, "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales", en *Memorias. II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional*, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM.

Hoy día la eficacia del servicio jurisdiccional se mueve con autonomía de cuánto realizan las partes contendientes, al punto de confirmar la existencia de una función social del Juez en el proceso,⁶ que dinamiza un dominio más amplio que el del control de constitucionalidad.

2.4 Desde otra perspectiva, pero siempre en el campo de los objetivos, una sentencia constitucional que pretenda trasponer el límite de la cosa juzgada entre partes tiene que decidir el efecto a otorgar. Esta posibilidad que es más restrictiva en los modelos de actuación difusa tiene a pesar del deber de intervenir sólo en el caso concreto numerosas excepciones que por lo común se dan en la sentencia del tribunal superior de la causa.

Es allí cuando el órgano máximo de la jurisdicción estatal asume que puede ser un tribunal constitucional. De este modo otorga a su pronunciamiento el carácter de definitivo, procura cerrar la discusión y genera el ejemplo a seguir en otras sentencias contextuales.

No es discutible este poder de interpretación en los tribunales constitucionales, que por su condición de ser el último intérprete podrán proyectar la jurisprudencia como vinculante. Pero no es posible igual afirmación en los sistemas de control difuso puro, en los que la revisión de la jurisprudencia es constante, a diferencia de las decisiones de los tribunales constitucionales que no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno.⁷

⁶ Gozáini, Osvaldo A., *La Función Social del Juez*, San José de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., 2012.

⁷ La única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional. Es por ello que el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo "[...] No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra", todo ello sin perjuicio de considerar a inicios del siglo XXI la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos y la Corte Penal Internacional vigente como, asimismo, los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada. Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", en *Revista Ius et Praxis*, Talca, año 10, núm. 1, 2004, pp. 113-158).

C. La construcción técnica de la sentencia constitucional

3.1 También la elaboración técnica de una sentencia filtra cuestiones de menor formalidad, pero de mayor trascendencia. La ideología, en una sentencia constitucional, es un tema inocultable, donde no son únicamente consideraciones dogmáticas las que fluyen, al poder cimentar los fundamentos con la impronta de los hechos; o el crédito de la doctrina; o la influencia del precedente; cuando no es en motivaciones políticas o de interpretación pura que, todas ellas, demuestran la necesidad de abordar esta faceta.

En efecto, en Argentina se puede ver, como ejemplo, cuánto significa este deber de razonabilidad. El artículo 17 de la Constitución dice que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de *sentencia que debe fundarse en ley* [...]. Por su parte, el artículo 18 esquematiza el derecho de defensa en juicio con la siguiente garantía: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso* [...]".

En nuestra historia, el deber de fundamentación es una condición para la validez de las sentencias;⁸ para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto;⁹ y es inconstitucional aquella que carece de toda motivación, o si la tiene, cuando es aparente o insustancial. La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa.

3.2 Ahora bien, apoyar la razón de una sentencia en la ley puede ser genuino, pero no asegura la legalidad constitucional de cuánto se resuelva. Por eso, actualmente, la legislación comparada proclama un derecho fundamental más amplio, destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa. En España, son partes del derecho a la

⁸ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: Fallos 274:260; 283:86; 295:95, entre otros.

⁹ Fallos 244:521; 259:55.

tutela judicial efectiva que se ensancha con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el juez. De este modo se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía.¹⁰

Cuadrar la diferencia supone esclarecer cuánto significa *fundar* una sentencia en ley (de modo que si la ley se aplica no hay conflictos eventuales) respecto a *motivar* la decisión (que radica el fundamento en el aporte de razones). La distancia puede ser importante teniendo en cuenta que los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias. Atienza Rodríguez señala que

[...] ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos cuando: 1º) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2º) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3º) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4º) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento.¹¹

3.3 Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, se ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

¹⁰ Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, p. 355.

¹¹ Atienza Rodríguez, Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27, septiembre/diciembre 1989, p. 32.

En conjunto, es un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía se apunta también un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

3.4 Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

La ventaja que tiene esta condición coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

3.5 En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del Juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada. Dice Ruiz Lancina que

[...] cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de aplicación ya que éste supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta

con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales.¹²

Inmediatamente, la obligación de explicar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes: a) como deber de los jueces al resolver; b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos; c) como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley; d) como salvaguarda para la independencia judicial, y e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

3.6 Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el "derecho al plazo razonable", el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

Inclusive, existen problemas ocasionales como la motivación de las sentencias en los procesos orales que, aun siendo posible emitir las verbalmente (*in voce*), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produzca la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida.

3.7 Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional;

¹² Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas, página web, 2002.

lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

D. De la teoría a la práctica

4.1 El juez constitucional, sin importar el modelo previsto para el control, afronta con los cuestionarios antedichos un problema de redacción y elaboración. El primer punto que debe superar es la guía que aportan los códigos procesales, los que suelen dividir el pronunciamiento en las clásicas tres partes de resultandos, considerandos y parte dispositiva o fallo propiamente dicho.

Ésta puede ser una pauta útil, que al llegar al estadio de la decisión puede incurrir en ambigüedades respecto del ritual de resolver, en forma positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, que declaren el derecho de los litigantes y condenan o absuelven la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte.

Así lo expresa el artículo 163 inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (código federal), pero la previsión se dirige a los procesos comunes, en los que no tienen cabida los procesos constitucionales que suelen tener leyes especiales y que aplican dicho ordenamiento adjetivo de forma accesoria.

Claro está que la supletoriedad dispuesta puede comprender el modelo de elaboración y expresión de la sentencia; lo que sucede es que una sentencia constitucional tiene permisos diferentes que muestran así una asimetría notoria.

4.2 Las distancias se evidencian desde el comienzo. Un proceso constitucional tiene diluida la bilateralidad procesal cuando la tarea específica es el control de constitucionalidad que, de algún modo, no tiene en cuenta el interés particular ni las pretensiones expuestas.

De mayor claridad es el proceso en cuestiones de interpretación consultiva, o en abstracto, donde no hay partes en sentido procesal. No hay pretensiones ni posiciones, sólo interpretación y declaración.

Podemos aceptar que ciertos procesos constitucionales como el amparo contra actos de particulares pueda quedar encuadrado en el litigio que se debe resolver con las formas del juicio controversial, donde uno gane y el otro pierda; pero aun así, la forma de expresar la aplicación del derecho no sigue el principio de congruencia estricto (es decir, lo que cada parte plantea como suyo) toda vez que se puede modalizar la decisión, darle un alcance distinto (eficacia expansiva de la sentencia) o abrir un compás de espera para que reviertan los hechos, o el acto lesivo se pueda reconducir con la actividad legislativa (sentencia exhortativa).

4.3 Lo mismo sucede con otra característica derivada de la contradicción técnica (derecho a oír a todas las partes antes de resolver). Un proceso constitucional, sin mirar el objeto que la demanda persiga (es decir, si quiere la declaración de inconstitucionalidad, la reparación de un derecho afectado o la prevención de perjuicios ante una amenaza cierta), siempre atiende la calidad del derecho fundamental cuya lesión o eventual vulneración se manifiesta; de allí que gráficamente hemos dicho que, cuando se golpea a las puertas de un Juez constitucional, el interrogante que planteará para permitir la entrada a su fuero no será ¿quién es?, sino ¿qué quiere?

Vale decir que no atenderá las cuestiones de legitimación procesal (derechos o intereses del que pide) sino la entidad de las garantías individuales o colectivas que se perturban (derecho constitucional afectado). En otras palabras, los juicios constitucionales miran la Constitución; los procesos comunes al código procesal.

Por eso, cuando se elabora la sentencia el resultado no debe conducir necesariamente a darle razón a uno u otro, porque la declaración no pretende zanjar un conflicto, sino conseguir la eficacia del derecho constitucional o de raigambre convencional.

4.4 Al postergar en las prioridades del proceso las preferencias de quienes litigan, para darle prelación al principio de supremacía constitucional, suben al escenario dos temas esenciales: las *formas* y la *sustancia*.

Las primeras resolverán el modo de construir una sentencia constitucional; las otras, referirán a los modelos de fundamentación. Podrán llegar de la *razón suficiente*, que se apoya en el análisis deductivo de los hechos con relación al derecho aplicable; o en su caso, se basarán en argumentos de cobertura supletoria o accidental, que se instalan en la parte de motivaciones destinadas a conseguir la reflexión del sujeto violador; o para hacer apostillas que sin resultar imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan. García Tomá afirma que

[...] la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad apunta a orientar la labor de los operadores del Derecho mediante la manifestación de criterios que puedan ser utilizados en la interpretación que estos realicen en los procesos a su cargo: amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.¹³

4.5 En todo este amplio espacio de la arquitectura de sostén para una decisión diferente al modelo tradicional de la sentencia, se obtienen áreas singulares que trascienden cuanto responde al pronunciamiento definitorio. No sólo es la sentencia de valor ejecutivo la que se designa, sino también, todo aquello que se desprende con autonomía del fallo alcanzado.

¹³ García Tomá, Víctor, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Lima, Perú, Instituto de Ciencia Procesal Penal, s/f, p. 34.

Es el tiempo de los llamados *obiter dictum* o de la *ratio esendi* o, también, de la *ratio decidendi*, que son expresiones latinas que se formulan como integrantes y significan algo más que una parte del cuerpo del decisorio.

El *obiter dicta* es lo que se dice fuera de contexto, pero con una fuerte vinculación a consecuencias previsibles o que se quieren expresar de paso en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del argumento jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa que se decide.

El *obiter dicta* no tiene fuerza vinculante y como se expresó, "constituye un criterio auxiliar de interpretación".¹⁴ En cambio, la *ratio decidendi* son argumentos de la motivación; hacen al fundamento central que elude la pura discreción o la arbitrariedad de quien resuelve. No son justificativos, sino razones de fondo que obligan a expresarlas para darle sentido justo a la sentencia constitucional.¹⁵

E. Efectos de las sentencias constitucionales

5.1 La sentencia constitucional es mucho más que una decisión para las partes. Es un mensaje al legislador, una fuente de derechos donde podrán abreviar nuevas conjeturas, o una decisión que por su fuerza vinculante tendrá efectos normativos.

Pero la llamada "cosa juzgada constitucional" es el efecto principal, que no se relaciona tanto con la sentencia como con el modelo de control

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: C-241/10

¹⁵ La *ratio decidendi*, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la "formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. (...) La *ratio decidendi* está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por 'los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive', sin los cuales 'la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento'" (Sentencia C-241/10, citada *ut supra*).

que se tenga. En Colombia, donde existe control concentrado, el artículo 243 inciso 1° de la Constitución Política dice que: "[...] *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*".

Como dispone el artículo 243 de la Constitución, en concordancia con los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, el efecto de cosa juzgada también se predica de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta. En el contexto del control constitucional de las leyes, la cosa juzgada propende por la seguridad jurídica y el respecto de la confianza legítima, en la medida en que evita que se reabra el juicio de constitucionalidad de una norma ya examinada y que una disposición declarada inexecutable sea reintroducida en el ordenamiento jurídico. Además, contribuye a racionalizar las decisiones de la Corporación, puesto que exige que sus decisiones sean consistentes y hagan explícita la *ratio decidendi*, así como su fundamento constitucional [...].

Para que pueda hablarse de la existencia de cosa juzgada en estricto sentido, es preciso que la nueva controversia verse (i) sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional, y (ii) sobre cargos idénticos a los analizados en ocasión anterior. La identidad de cargos implica un examen tanto de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, como de la argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la Carta; mientras la identidad de contenidos normativos acusados demanda revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición desde el punto de vista de la doctrina de la Constitución viviente. Existen eventos en los que en apariencia una controversia constitucional es similar a otra ya analizada por la Corte, pero que examinada más a fondo contiene diferencias desde alguna o las dos perspectivas anteriores, que hacen imposible hablar de la

presencia de cosa juzgada en sentido estricto. Ejemplo de esos casos son los que la Corte ha clasificado bajo doctrinas como la de la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada aparente, entre otras.¹⁶

En cambio, otras legislaciones son más cautelosas merced al efecto normativo antes referido. Se prefiere no hablar de los resultados que la sentencia proyecta para resguardarse en los efectos previstos de la cosa juzgada.

Es decir, esta institución se puede ver como un modelo procesal destinado a evitar que se reiteren situaciones ya juzgadas, donde por las partes (límites subjetivos) o por el objeto (límites objetivos), quedará planteada una inhibición para futuras reyertas.

5.2 Al mismo tiempo, se puede tomar de la sentencia constitucional una cosa juzgada de tipo dispositivo general. Cuánto se haya resuelto y ordenado ejecutar tiene un alcance *erga omnes* que adquiere una notoria capacidad preceptiva. Sea cuando la disposición construye una nueva fuente de derechos o recrea los existentes bajo la forma de una sentencia constitucional propiamente dicha; o cuando deniega la vía, en cuyo caso, el acuse de inconstitucionalidad, o de ilegitimidad, o en su caso de ilegalidad, quedará obturado por la imposibilidad de replanteo.

Como éste es un riesgo que muchos no quieren correr, algunas reglamentaciones prescriben efectos distintos. En Perú la sentencia que hace lugar se publica en el boletín oficial (*El Peruano*) y al día siguiente la norma queda sin efecto; pero cuando se trata de referir a la cosa juzgada constitucional, la definición no coincide al despojarla del mismo efecto cuando se trata de sentencias denegatorias. Lo mismo sucede desde otra perspectiva con el rango que se le asigna al pronunciamiento, porque su trascendencia se vincula con la interpretación conforme y reiterada que consiga concretarse en un precedente vinculante para el ordenamiento jurídico.

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-220/11.

Similar planteamiento se desprende del derecho comparado, en el cual la particularidad de la cosa juzgada constitucional se limita a las deneatorias que permiten revisiones constantes, sin importar los límites ya referidos de personas u objetos.

Algunos argumentan que tratándose del control abstracto de normas resulta aún más cuestionable la existencia de la cosa juzgada. Donde no hay verdaderas partes, dado que los recurrentes son simples órganos políticos sin personalidad. No hay un conflicto de hecho entre éstas. No puede aplicarse a la sentencia absoluta la institución en análisis, ya que ésta dice relación con una situación concreta e individualizada. Sería simplemente una interpretación de la ley. Luego, nunca una sentencia cierra el paso a otra ulterior, ya que puede interpretar la ley de manera distinta.¹⁷

Esta cuestión permite traer al ruedo el concepto de eficacia temporal de la cosa juzgada y su intrínseca relatividad como esquema a permanecer intangible e inmutable cuando el tiempo y las circunstancias lo inciden de manera directa.

5.3 Países de control difuso puro como Argentina no razonan ni reconocen una cosa juzgada que no sea estrictamente procesal. No se admiten proyecciones normativas, porque las sentencias resuelven solamente en casos concretos, y cuando se dispone un efecto expansivo de la cosa juzgada, no suele asignarse la calidad de *erga omnes* (para todos) sino para el grupo o sector afectado (incidencia colectiva que permite reconocer la identidad de cada perjudicado).

Este primer aspecto de la cosa juzgada tomada como valor normativo, entonces, queda inerte ante el régimen constitucional imperante.

Sin embargo, el aspecto procesal tiene fuertes resistencias apenas se ve en la cosa juzgada un impedimento que, amparado en la seguridad jurí-

¹⁷ Fernández, Tomás Ramón y García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Madrid, Civitas, tomo I, 1992, p. 153. ()

dica o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia, sino en todo caso una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos] parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en tal derecho [de propiedad]. En materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la cosa juzgada en beneficio de la persona condenada. Tanto a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, como a través de una regulación crecientemente amplia del recurso de revisión contra las condenas y mediante otras manifestaciones como la unificación de condenas dictadas en causas distintas, no mediante su acumulación aritmética sino mediante el denominado sistema de composición, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido excepciones a la "intangibilidad" de lo sentenciado, en los que relativizó el efecto de la cosa juzgada.¹⁸

5.4 Para finalizar estas líneas que insinúan una teoría en desarrollo, nos detendremos en lo esencial de la sentencia, que localiza en la cosa juzgada el centro de gravedad del proceso constitucional.

¹⁸ Garrido, Manuel, "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, año 1, n° 0, Ad Hoc — Cels —, 2001, pp. 88 y ss.

La orientación mayoritaria apoya que sea solamente la parte dispositiva, pero con fundadas razones se dice que:

[...] Los fundamentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional.¹⁹

Esto no es un problema menor. Los fundamentos de una sentencia expresan la resolución del caso en un tema concreto y el valor normativo en una cuestión abstracta. En juicios ordinarios la cosa juzgada es un efecto propio de la decisión, mientras que en los constitucionales es una cualidad de la sentencia.²⁰

Este ascendente limitado en el primer caso tiene pocas excepciones. Una deriva de los derechos individuales homogéneos, en los cuales la identidad del conflicto permite extender el alcance del pronunciamiento a todos los que se encuentran en condiciones de igualdad con el tema resuelto. Pero esto no será un efecto *erga omnes*, sino una extensión de la cosa juzgada y, específicamente, de la parte resolutive.

En el segundo planteamiento, la *res judicata* dictada en un juicio constitucional tiene esta connotación que le imprime un alcance mayor al pronunciamiento. Por eso es necesario modular el alcance y las particularidades, por lo que así la parte resolutive debe ser más detallada que la decisión simple de dar o no la razón a una u otra de las partes.

5.5 Justamente como la cosa juzgada constitucional tiene dicha cualidad normativa, la dimensión y permanencia de lo resuelto será obligatorio

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-131/93.

²⁰ Rivera Santivañez, José Antonio, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno", en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, volumen 4, n° 2, 2006, pp. 585-609.

(no como precedente, sino como fuente) para la jurisdicción, la administración y la legislación, pero no para el Tribunal Constitucional que podrá examinar la cuestión cada vez que lo interprete necesario.

Bien dice Nogueira Alcalá que:

[...] Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución Política del Estado, como asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional.²¹

F. Conclusiones

6.1 La teoría de la decisión es un análisis que excede el fenómeno de la sentencia judicial. Se trata de observar el modo como las normas orientan u obligan a quien debe juzgar; y al propio tiempo, la incidencia que tienen valores intrínsecos como la razonabilidad, la ponderación, el uso de equiparaciones, o varios test de rigor conceptual que permitan resolver con la mayor información y el menor riesgo de equívoco.

Inclusive, los estudios más avanzados revelan una íntima relación del cerebro con las actitudes y resoluciones, por lo que dan un nuevo punto de encuentro en lo que se refiere a la "neurociencia".

Cuando se debe elaborar la decisión final en un proceso constitucional, fluyen varios problemas al mismo tiempo. No es solamente el dilema de la construcción formal, sino la suma de cuestiones transversales que

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", en *Revista Ius et Praxis*, Talca (Chile), año 10, N° 1, 2004, pp. 113-158.

toma en cuenta quien debe resolver en soledad o en equipo (juez unipersonal o tribunal, respectivamente), donde anidan ideologías, doctrinas, precedentes vinculantes u orientativos, y por qué no, la necesidad inocultable de realizar con la sentencia un acto político o institucional.

No son todos elementos aislados, en la medida que se pueden dar como aciertos o errores según los hechos que se estén confrontando. Es decir, una sentencia se puede resolver con la aplicación mecánica de la ley y satisfacer así el imperio de la legalidad; o apartarse de ella aplicando el test de constitucionalidad razonable, que obliga entonces a motivar (justificar) la inejecución del mentado principio de legalidad. La justicia implícita podrá, en uno y otro, ser diferente.

6.2 En suma, al presentar estas bases teóricas, queremos deshacernos de la teoría del órgano que considera que solamente expresan sentencias constitucionales con efectos de cosa juzgada constitucional las jurisdicciones que tienen control concentrado y deciden conflictos de dicha naturaleza mediante pronunciamientos de Tribunales o Cortes Constitucionales.

Con este encuadre, la decisión final es la única que interesa, y no está mal que sea éste el enfoque, si se tiene presente que se apoya en la concepción de la Constitución como norma jurídica que se debe aplicar antes que interpretar.

De algún modo es una reversión del juez boca de la Ley que pasa a ser ejecutor de las disposiciones constitucionales, sin poder criticarlas, porque esa es función del Parlamento o la Legislatura. La interpretación es de ajuste de la Ley a la Constitución y, si ello no es factible, corresponderá la declaración correspondiente (interpretación conforme).

En otras palabras, el deber de las cortes especiales (políticas o judiciales) no es otro que desaplicar cualquier disposición de tipo legislativo o reglamentario que afecte, de manera directa o indirecta, y en forma actual o inminente, un derecho que la Norma Fundamental resguarda.

Pero, no es esta simpleza la que se quiere elaborar. En efecto, cuando se confronta la actividad con la que realiza el juez ordinario o común del control difuso, el desempeño no es diferente ni el resultado que deduce difiere sustancialmente en aspectos puramente formales. Podremos, sí, encontrar desigualdades en torno de la naturaleza, efectos, cumplimiento y ejecución, pero la construcción en sí misma tiene proporciones simétricas.

Por eso se ha dicho que

[...] Debe destacarse que la estructura y funciones de los citados tribunales, cortes o salas constitucionales se han inspirado en los tribunales ordinarios, con las modificaciones que derivan de su contenido fundamental, cuando pretenden resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las normas supremas, las que además de efectos jurídicos también poseen trascendencia política desde un punto de vista técnico no partidista.²²

Entonces, si por este camino no hay diferencias, porqué buscarlas, cuando de ello no lograremos ningún atajo ni beneficio. En todo caso, la función judicial, propiamente dicha, que es aquella que tiene la tarea de juzgar en un asunto, no nos permite comprender si hay desajustes entre una sentencia común y otra constitucional, desde que la edificación del resultado es igual, aunque no lo sean sus componentes, y menos aún la parte dispositiva de ese pronunciamiento.

6.3 Donde comienzan a verse diferencias consistentes es en el proceso de formación. La argumentación no sigue el encuadre de las pretensiones. Si bien el principio de congruencia (*iudex debet judicare secundum allegata et probata*) responde e integra los componentes del debido proceso, en un procedimiento constitucional, la inspiración llega de los derechos humanos; si están constitucionalizados mejor, pero lo que cimenta y fortalece la sentencia justa es aquella que no deriva de cuanto

²² Fix Zamudio y Ferrer Mac Gregor, *ob. cit.*, p. 3.

las partes dicen, sino de aquello que el juez aplica merced a sus conocimientos y especialización.

La parte motiva también puede incorporar el interés público, la gravedad institucional, el provecho emergente, los valores comprometidos, la trascendencia e impacto social, la justicia implícita, y tantos más ingredientes que exceden de cuanto las partes posicionan desde una perspectiva exclusiva.

No queremos decir con esto que haya posibilidades de sobrevolar el conflicto y resolverlo a plena discrecionalidad. Lo que se quiere poner de manifiesto es que, cuando la controversia es sobre actos o normas tildados de inconstitucionalidad, la primera tarea es fiscalizar el principio de la supremacía convencional, después la regla de la Constitución como vértice superior de un ordenamiento jurídico, y poner en la decisión la justicia implícita que se requiere.

Claro está que en procesos no constitucionales, pero de aplicación directa de garantías constitucionales, como sucede con el proceso penal, es lógico que el principio de congruencia tenga un deber de específico cumplimiento; como también lo es, aunque con flexibilidades,²³ en otro tipo de procedimientos.

Esto es así, ciertamente, porque una Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos trabajan sobre principios y valores que no se pueden desnaturalizar por ambiciones personales.

²³ Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil. Sobre el cambio en los principios procesales*. Editorial Académica Española, Madrid, 2012, pp. 38-354.

4. Las sentencias constitucionales y su análisis bajo la perspectiva del derecho internacional*

Héctor Fix-Zamudio**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor***

* Revisado y actualizado por Giovanni A. Figueroa Mejía. Publicado originalmente en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 12, 2008, pp. 199-262.

** Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de El Colegio Nacional.

*** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SUMARIO: A. Introducción. B. Principios básicos de las resoluciones judiciales. C. Las sentencias constitucionales en sentido estricto. D. La interpretación conforme. E. Contenido. F Efectos. G. Cumplimiento y ejecución. H. La jurisprudencia internacional y su trascendencia en el ámbito interno.

A. Introducción

1. El tema de las sentencias de los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales es bastante complicado, debido a que la jurisprudencia de dichos organismos jurisdiccionales especializados ha desarrollado numerosos matices que han producido una gran complejidad tanto por lo que se refiere a su naturaleza, contenido, efectos y ejecución de los fallos, así como la eficacia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el ámbito interno.

2. En esta materia es necesario examinar este tema tan complicado no únicamente desde el punto de vista constitucional, sino también debe tomarse en consideración la ciencia del derecho procesal, así como el derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas.¹

¹ Cfr. Fix-Zamudio, H., "La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, específicamente en la regulación y protección de los derechos humanos", ponencia presentada en el

3. En efecto, desde una perspectiva histórica los conceptos básicos relativos a las resoluciones jurisdiccionales surgieron en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y, posteriormente, fueron analizados sistemáticamente por la doctrina científica del derecho procesal, en virtud de que en las normas procesales de todas las ramas de enjuiciamiento existía una verdadera anarquía en cuanto a sus categorías y denominación.

4. Estos estudios sobre las resoluciones jurisdiccionales internas influyeron en la redacción de los pactos internacionales que establecieron los tribunales internacionales, tanto en el ámbito universal de las Naciones Unidas, por lo que se refiere a la regulación y reglamentos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Penal Internacional, como en los regímenes regionales, es decir, de las normas instrumentales de las Cortes Europea, Interamericana y Africana de los Derechos Humanos. En esta dirección el gran procesalista español N. Alcalá-Zamora y Castillo en un estudio clásico señaló,² a nuestro modo de ver con acierto, que existía escasa precisión en la regulación procesal de los instrumentos y estatutos de las jurisdicciones internacionales, debido a que esta materia había sido abordada inicialmente por los cultivadores del derecho internacional y eran escasos los procesalistas que intervenían en el análisis de dichos sectores. A partir de las reflexiones del ilustre jurista español, las que se publicaron en España como un pequeño libro aparecido en 1975,³ la participación de los cultivadores de la ciencia del derecho procesal se ha incrementado de manera constante desde esa época, con lo cual las citadas normas procesales internacionales se han perfeccionado progresivamente, para alcanzar una mayor precisión en los propios documentos internacionales.

IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado en la ciudad de Curitiba, Estado de Paraná, Brasil, del 16 al 25 de noviembre de 2006. En prensa en las Memorias de dicho Congreso.

² Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, N., "La protección internacional de los derechos humanos", en la obra coordinada por dicho autor, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384.

³ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, N., *Protección internacional de los derechos humanos* (revisión y actualización del estudio del mismo nombre citado en la nota anterior), Madrid, Civitas, 1975, en especial pp. 11-19.

5. Un enfoque fundamental es el relativo a la ciencia del derecho constitucional a la que le corresponde proponer a los organismos legislativos de reforma de las normas fundamentales, con la colaboración de los procesalistas, el contenido de las sentencias de los organismos especializados en la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, ya que los efectos de estas resoluciones no sólo son jurídicos sino también producen consecuencias políticas desde un punto de vista técnico. Por otra parte, esta materia se ha vuelto cada vez más compleja y así lo evidencian los estudios doctrinales sobre la misma que con el tiempo han construido una riquísima bibliografía integrada por los artículos y libros dedicados al análisis de dichos organismos y, por supuesto, de las resoluciones que pronuncian en cuanto a su naturaleza, contenido, efectos, cumplimiento y ejecución.

6. Debe destacarse que la estructura y funciones de los citados Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales, se han inspirado en los tribunales ordinarios, como se ha sostenido con anterioridad, con las modificaciones que derivan de su contenido fundamental, cuando pretenden resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las normas supremas, las que además de efectos jurídicos también poseen trascendencia política desde un punto de vista técnico y no partidista.

7. Un aspecto que no debemos perder de vista es el relativo a que la jurisdicción constitucional se apoya en el concepto de la *Constitución como norma jurídica*, que destacó un estudio clásico del reconocido jurista español E. García de Enterría, según el cual esta figura surgió en la Constitución norteamericana de 1787, ya que en ella se estableció el inicio de la llamada *judicial review of legislation*, la que se encomendó en primera instancia a los jueces locales y federales, confiriéndoles la atribución de desaplicar las disposiciones generales legislativas, cuando estimaran que estas últimas contradecían las disposiciones de la Carta Federal.⁴

⁴ Cfr. *La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1982.

8. Por el contrario, en Europa (con excepción de Inglaterra, que no expidió una Constitución escrita sino una serie de instrumentos legislativos aislados, algunos de carácter histórico como la Magna Carta cuya primera versión fue suscrita en 1215), las Leyes Fundamentales surgidas con posterioridad a la Revolución francesa, si bien consagraron el principio de la supremacía de las propias constituciones sobre todo el ordenamiento jurídico, no le otorgaron valor normativo, sino exclusivamente político, de manera que los conflictos de su aplicación se encomendaban ya sea a un organismo especializado, como ocurrió en la tradición francesa, o bien directamente a los organismos legislativos que habían expedido las normas secundarias impugnadas.

9. Por ello, el concepto de la Constitución como norma jurídica en Europa Continental surgió con mucha posterioridad al que se inspiró en las Cartas Fundamentales de toda América, incluyendo Canadá, debido al ejemplo establecido en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, al que se ha hecho referencia con anterioridad (*vid. supra* párrafo 7). Este último se ha calificado como *sistema americano* y se ha caracterizado como un *régimen difuso*; la vía para plantear la cuestión de inconstitucionalidad es incidental o prejudicial en cuanto se promueve ante el juez ordinario a fin de que el mismo esté en posibilidad de desaplicar, ya sea de parte, de oficio o a petición del ministerio público, las normas locales o federales que se estimen contrarias a las normas fundamentales, y los efectos, en principio son únicamente particulares, es decir, que se refieren exclusivamente al caso concreto en el cual se inicia la objeción de inconstitucionalidad. En efecto, la Constitución como norma jurídica se consagró en la Constitución Federal austriaca de 1920, que recogió el pensamiento del ilustre jurista austriaco H. Kelsen, quien además de ponente fue miembro de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente. Dicho documento fundamental estableció la Corte Constitucional, como un organismo constitucional autónomo fuera del poder judicial, con el objeto de re-

solver los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales.⁵

10. Con la Carta Fundamental austriaca se generó un nuevo régimen de control de constitucionalidad diverso del estrictamente político que había funcionado en ese continente con anterioridad. Este nuevo sistema ha sido calificado como *continental europeo o kelseniano*, el que se ha caracterizado por configurar un sistema calificado de *concentrado* (en contraste del difuso del sistema americano), cuya vía es *directa* ante el órgano especializado, y sus efectos *generales o erga omnes*, en los supuestos de impugnación de normas legislativas. Por otra parte, también podían combatirse actos concretos de violación de los derechos humanos, ante la citada Corte Constitucional, pero sólo en casos urgentes podía proponerse directamente, de otra forma era necesario agotar los recursos legales. Pero entonces los efectos de la sentencia estimatoria eran únicamente particulares para las partes en el caso concreto. Como puede observarse, teóricamente los lineamientos de este régimen eran los contrarios del americano.⁶

11. Este último régimen tuvo seguidores en la primera posguerra y podemos mencionar como ejemplos la Corte Constitucional de Checoslovaquia, la que si bien se promulgó poco tiempo antes de la austriaca, en realidad se inspiró en el modelo de esta última.⁷ Otro ejemplo que se

⁵ Cfr. Kelsen, H., "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnel)", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France e à l'Étranger*, Paris, 1928, trad. castellana de R. Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional", en *Anuario Jurídico*, UNAM, 1974, traducción reproducida como folleto, México, UNAM, 2001; *id.*, "¿Chi dev'essere il custode della Costituzione?", trad. de C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981 (trad. castellana de R. J. Brie, "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", estudio preliminar de G. Gasión y supervisión técnica de E. Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995).

⁶ Cfr. Calamandrei, P., sostuvo que en sus comienzos los dos sistemas básicos de justicia constitucional el americano y el austriaco diferían sustancialmente. Según este ilustre procesalista el primero era necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y el segundo era *concentrado, principal, general y constitutivo*, en su estudio "La illegittimità costituzionale delle legge nel processo civile", *Opere Giuridiche*, Nápoles, Morano, 1968, t. III, p. 350.

⁷ Cfr. Eisenmann, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, prefacio original de Hans Kelsen; reimpresión de la edición de 1928, con un prólogo de Georges Vedel y un apéndice de Louis Favoreu, París, Economica, 1986.

puede citar es el del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Carta española republicana de 1931.⁸

12. En la segunda posguerra el paradigma austriaco recibió una gran acogida, en particular en los países que padecieron gobiernos totalitarios, como Italia (1948), la República Federal de Alemania (1949) y posteriormente Portugal (1974-1982) y España (1978) y, de manera paulatina el modelo se extendió a varios ordenamientos fundamentales de diversas tradiciones jurídicas, con posterioridad a 1989, cuando los países de Europa del Este iniciaron su independencia del paradigma soviético y se aproximaron a las democracias occidentales, la mayoría de ellos establecieron, con matices y modalidades, Cortes y Tribunales Constitucionales, inclusive la República Federativa de Rusia y algunos de los países que forman la Comunidad de Estados Independientes que se independizaron de la antigua Unión Soviética. También algunos ordenamientos latinoamericanos, sin abandonar totalmente el modelo americano, incorporaron Cortes y Tribunales Constitucionales, y además algunos de ellos innovaron el modelo europeo occidental al establecer Salas Constitucionales autónomas, en el seno de las Cortes o Tribunales Supremos.⁹ Al conservar en su mayor parte el sistema americano, es decir el difuso, al lado de los organismos jurisdiccionales especializados, los ordenamientos latinoamericanos configuraron *regímenes mixtos o combinados*. Finalmente, se puede afirmar que ambos sistemas americano y europeo continental se han aproximado de manera paulatina pero creciente, ya que en la actualidad predominan los sistemas mixtos y combinados en

⁸ Cascajo Castro, J. L., "Kelsen y la Constitución española de 1931", en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255; Alcalá-Zamora y Castillo, N., "Significado y funciones del Tribunal de Garantías constitucionales", en el libro del mismo autor *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1944, pp. 503-505; Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 232-419; Palomino Manchego, J. E., "El Tribunal de Garantías de la II República Española", en *Ius et Praxis*, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 25, enero-diciembre de 1993, pp. 223-257.

⁹ Cfr. Fernández Segado, F., *La justicia constitucional en el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*, México, UNAM, 2004; Ferrer Mac-Gregor, E., *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

la mayoría de los ordenamientos en los cuales se aplica la justicia constitucional.¹⁰

13. Otro aspecto que resulta conveniente subrayar y que influye en la naturaleza de las sentencias de constitucionalidad se refiere al fenómeno contemporáneo de la creciente *judicialización de las cuestiones políticas*,¹¹ debido a que las cartas fundamentales de nuestros tiempos establecen lineamientos jurídicos y por tanto sujetos a la jurisdicción constitucional, de numerosas normas de procedimiento y competencia para expedir, modificar o revocar actos de esta naturaleza y que por tanto están reglados, a diferencia de otros que son de carácter discrecional para las autoridades y también para los partidos políticos. Precisamente uno de los sectores que han adquirido mayor relevancia es el relativo a la justicia constitucional, que actualmente ha sido analizada por una disciplina científica que ha recibido la denominación, muy difundida en el presente, de *derecho procesal constitucional*.¹² La evolución que ha experimentado

¹⁰ Cfr. Además de los Tribunales y Cortes Constitucionales señalados específicamente en el texto, podemos indicar en Europa del Este a: Albania (1992); Bosnia-Herzegovina (1995); Bulgaria (1991); Croacia (1990); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Eslovenia (1991); Estonia (1992); Hungría (1989); Letonia (1996); Lituania (1992); Macedonia (1992); Moldavia (1994); Polonia (1982-1989 y actualmente en su nueva Carta Constitucional de 1997); Rumania (1999) y Yugoslavia (1992). Como bibliografía relativa a estos organismos jurisdiccionales especializados: Favoreu, L., *Los Tribunales Constitucionales*, trad. de V. Villicampa, Barcelona, Ariel, 1996; Rousseu, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montcherstein, 1992, pp. 51-156; Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; Olivetti M. y Groppi, T. (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; y en particular para los de Europa del Este, se pueden citar: Fix-Zamudio, H., "Estudio preliminar" a la traducción castellana del libro de Biscaretti Di Ruffia, P., *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28; Bartola, S. et al., "Transformazione costituzionali nell'Éste di Europe", en *Quaderni Costituzionali*, Padua, Il Mulino, diciembre de 1992, pp. 383-397; Häberle, P., "Constitutional Developments in Easter Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory", en *Law and State*, Tübingen, núm. 46, pp. 66-76; M. Torres Pérez y Flores Juberías, C., "Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en Europa Central y Oriental", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*, núms. 20-21, España, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 1997, pp. 221-265; M. Mazza, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padua, Cedam, 1999; H. Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

¹¹ Cfr. Fix-Zamudio, H., "La justicia constitucional y la judicialización de la política", en la obra *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, pp. 565-572.

¹² La bibliografía sobre el derecho procesal constitucional como disciplina jurídica ha crecido de manera constante y progresiva en los últimos años, por lo que citaremos únicamente aquellas obras

esta disciplina en América Latina ha sido espectacular si se toma en cuenta que se han instaurado cursos especializados de este sector del derecho procesal en la licenciatura y en el posgrado de numerosas escuelas y facultades de Derecho en América Latina, además que se han consolidado institutos de investigación tanto en la región como en varios países en el continente, incluso, en México.¹³

que se consideran más accesibles: Fix-Zamudio H., diversos artículos y la monografía *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2002, esp. pp. 19-31; la calificación de derecho procesal constitucional fue utilizada por primera vez en México por el ilustre procesalista español N. Alcalá-Zamora y Castillo, que residió durante treinta años en nuestro país, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM, 1993, p. 214; Ferrer Mac-Gregor, E., *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa/CNDH, 2004; Sagüés, N. P. "Derecho procesal constitucional", en su libro *Recurso Extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 11 y ss.; Rosas, R., *Processo constitucional. Direito processal constitucional*, São Paulo, Saravia, 1987; De Oliveira Baracho, J. A., *Processo constitucional*, Belo Horizonte, 1981; J. González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; Quiroga Cubillos, H., *El proceso constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1985; Rey Cantor, E., *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y de legalidad)*, Cali, Colombia, Universidad Libre, 1994; Gozaíni, O. A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995; Hernández Valle, R., *Derecho procesal constitucional*, San José, Costa Rica, 1995; Rodríguez Domínguez, E., *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2007; Escobar Fornos, I., *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispaner, 1999; García Belaunde, D., *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Perú, Universidad César Vallejo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; 2a. ed., Bogotá, Temis, 2001; Palomino Manchego, J., "Contribuciones de Domingo García Belaunde al derecho procesal constitucional", en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año LII, núm. 42, enero de 2003, pp. 155-163; Quiroga León, A., "El derecho procesal constitucional peruano", en la obra coordinada por J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 471-503; Hitters, J. C., "Derecho procesal constitucional", en la obra del mismo nombre coordinada por Ferrer Mac-Gregor, E., 5a. ed., México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. I, pp. 269-287; Landa Arroyo, C., *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003; Zagrebelsky, G., *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, trad. castellana supervisada por M.ª C. Ainciburu, México, Fundap, 2000, pp. 5-57.

¹³ Se encuentra en pleno desarrollo el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional establecido en la Universidad de Rosario, Argentina, por el destacado constitucionalista de ese país, N. P. Sagüés, que lo preside muy justificadamente y con gran dinamismo. En efecto, dicho Instituto ha promovido y celebrado V Encuentros Iberoamericanos en varios países de Latinoamérica (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Chile y México) y además se edita en México la prestigiada *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, publicada por Editorial Porrúa y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, cuyo primer número correspondiente a los meses enero-junio de 2004 y ha seguido publicándose semestralmente desde entonces y el núm. 8, el más reciente corresponde a los meses julio-diciembre de 2007, todos ellos dirigidos por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Por otra parte, se creó en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, con motivo de la celebración del Coloquio Internacional de Derecho Procesal Constitucional, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en septiembre de 2004, el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y se designaron como presidente y vicepresidente a los doctores E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea, coordinadores de dicha importante reunión académica, y

B. Principios básicos de las resoluciones judiciales

14. Para conocer la naturaleza, contenido y efectos de las resoluciones judiciales es preciso abordar el tema de acuerdo con los principios básicos de la disciplina denominada *Teoría general del Proceso* (con mayor propiedad, del *derecho procesal*), ya que es evidente que las cámaras legislativas al establecer los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales se inspiraron en los tiempos actuales en esa disciplina para establecer las bases para los Tribunales Constitucionales. Pero debe tomarse en consideración que debido a la naturaleza fundamental de los conflictos que dichos organismos deben resolver, se requirió el establecimiento de matices y modalidades.¹⁴

15. No debe olvidarse que si bien los mencionados organismos especializados deciden de manera definitiva las cuestiones de constitucionalidad, los jueces y tribunales ordinarios también intervienen de cierta forma en el examen de las cuestiones constitucionales, en cuanto dichos juzgadores están obligados a aplicar las normas ordinarias de acuerdo con los

dicho Instituto con la colaboración del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la misma Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, realizó el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, los días 6 a 10 de septiembre de 2005, cuya Memoria, con el título de *Procesos Constitucionales* fue coordinada por los propios presidente y vicepresidente del citado Instituto Mexicano y publicada por la Editorial Porrúa y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el año de 2007; y se encuentra en prensa la Memoria del Segundo Congreso realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los días 29 de mayo al 1 de junio de 2007, denominado "La protección constitucional de los derechos fundamentales".

¹⁴ También en esta materia las aportaciones doctrinales son numerosas, por lo que se mencionan únicamente los estudios publicados en nuestro país. Encabeza la lista la obra clásica del insigne procesalista español Alcalá-Zamora y Castillo, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, 2 vols., México, UNAM, 1974, reimpresso también por la UNAM en 1992; Ovalle Favela, J. *Teoría General del Proceso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2005; Gómez Lara, C., *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2004; *id.*, "La teoría general del proceso y el derecho procesal constitucional", en la obra *Derecho procesal constitucional*, coord. por E. Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, *supra* nota 12, t. I, pp. 259-268; Arellano García, C., *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Porrúa, 1999; Armienta Calderón, G., *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*, México, Porrúa, 2003; y Said A. e González Gutiérrez, I. M., *Teoría general del proceso*, México, Iure Editores, 2006.

preceptos constitucionales, directamente en el sistema americano (control difuso), y en forma refleja en el régimen europeo continental (control concentrado). En este último los jueces y tribunales ordinarios no están facultados para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que aplican en los procesos concretos, pero sí tienen la atribución de elevar el asunto ante la jurisdicción especializada, para que ésta decida sobre la constitucionalidad de dichas normas ordinarias, y los criterios de estos últimos son definitivos y con efectos generales, por lo que todos los jueces ordinarios resolverán las controversias pendientes sobre la materia de la cuestión de constitucionalidad, con los lineamientos de los especializados, cuya jurisprudencia es obligatoria. En el régimen europeo es paradigmático el artículo 5o., fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo contenido conviene transcribir: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos [...]".

16. Los clásicos de la ciencia del derecho procesal¹⁵ analizaron las categorías y el contenido de las resoluciones judiciales de los jueces ordinarios, ya que los diversos códigos procesales, tanto civiles como penales, seguían criterios diversos sobre esta materia, lo que provocaba una verdadera confusión, por lo que de manera paulatina se construyeron los lineamientos que debían clarificar estas divergencias. La doctrina procesal contemporánea considera, en esencia, que sólo deben existir tres categorías de decisiones jurisdiccionales: *a) los proveídos o acuerdos*, que son aquellos que resuelven aspectos secundarios del procedimiento; *b) los autos*, es decir, que deciden una situación importante del proceso, y que

¹⁵ Las citas se limitan a la doctrina italiana tradicional: Carnelutti, F., *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, N. y Sentis Melendo, S., vol. III, Buenos Aires, Argentina, UTEHA, 1944; *Actos Procesales* de acuerdo con este autor, corresponden a las mencionadas por el Código Procesal Civil italiano de 1940 (arts. 50 y 360), que se dividen en decretos, ordenanzas y sentencias, equivalentes en castellano a decretos, autos y sentencias, pp. 349-363.

inclusive pueden tener por efecto la terminación del mismo (como por ejemplo el sobreseimiento), y *c) las sentencias* que resuelven de manera definitiva la controversia, y que pueden ser estimatorias, cuando le dan la razón al demandante o al ministerio público en el proceso penal, desestimatorias o absolutorias, en el supuesto que consideren infundadas las pretensiones del actor o del ministerio público, pero también pueden ser mixtas, es decir reconocer parcialmente las pretensiones de ambas partes.

17. También debe tomarse en cuenta que las sentencias pueden dividirse en *definitivas*, cuando admiten un medio de impugnación ordinario o extraordinario, y *firmes*, cuando no se combaten en el plazo legal, o bien cuando son pronunciadas en última instancia, y por tanto no pueden ser revisadas, salvo los casos excepcionales en que puedan combatirse no obstante que hubiesen obtenido autoridad de cosa juzgada formal y material, que la doctrina califica como *recurso de revisión*, siempre que exista un hecho o circunstancia que no se tomó en cuenta al dictar el fallo, y que pueda afectar la validez de la sentencia. En el ordenamiento mexicano esta impugnación excepcional se admite en materia penal y se califica *de reconocimiento de la inocencia del inculgado*.¹⁶

C. Las sentencias constitucionales en sentido estricto

18. La doctrina general de las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios se aplicó en sus lineamientos básicos a las dictadas por los Tribunales, Cortes y las Salas Constitucionales, pero su contenido relativo a la solución de las controversias de carácter fundamental confirió a las decisiones definitivas de dichos organismos

¹⁶ Existe también la acción de nulidad por juicio concluido (fraude procesal), regulado por el artículo 737 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Esta figura fue motivo de pronunciamiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 25 de septiembre de 2007, en la acción de inconstitucionalidad 11/2004 y su acumulada 14/2004, declarando la invalidez con efectos generales de varios incisos y porciones normativas de dicho precepto.

jurisdiccionales modalidades y matices particulares, si bien los lineamientos tradicionales se aplicaron sin variaciones a las decisiones de trámite y etapas del proceso constitucional, es decir, los acuerdos o decretos y los autos.

19. Un aspecto esencial de estas modalidades lo encontramos en las sentencias dictadas en las controversias sobre la constitucionalidad de normas legislativas, que mayoritariamente tienen efectos generales, si lo comparamos con las sentencias de los tribunales ordinarios, que normalmente sólo se aplican a las partes en el proceso concreto en el cual se pronunciaban, aun en el supuesto de desaplicación de normas generales, de acuerdo con el sistema americano de carácter difuso al que nos hemos referido con anterioridad (*vid. supra* párrafo 7). No obstante, también los jueces administrativos actualmente pronuncian sentencias con efectos generales tratándose de la ilegalidad de los reglamentos, resoluciones que tuvieron como antecedente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre esta materia.¹⁷

20. En las últimas decenas del siglo XX y en el presente, los efectos generales de las sentencias civiles y administrativas se han modificado en los casos de la tutela de los llamados *intereses difusos o trascendentales*, que son aquellos cuya titularidad corresponde a un número indeterminado de personas, que además no se encuentran asociadas, y el ejemplo más evidente es el relativo a los consumidores y, posteriormente, a los afectados por las obras urbanas, el medio ambiente y la conservación del patrimonio histórico, entre otros. La primera institución que surgió en esta materia fueron las llamadas *class actions* (acciones de grupo), en los Estados Unidos y otros ordenamientos de influencia angloamericana, especialmente en relación con los consumidores indeterminados, las cuales podían ejercerse a nombre de los afectados, por asociaciones dedicadas

¹⁷ Jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre los actos discrecionales, *cfr.* García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1989.

a su defensa, o bien, a petición o autorización del ministerio público (*Attorney general*), y en esta dirección algunos abogados ejercieron las *acciones de interés público* en beneficio de los afectados no organizados. Como una excepción a la legitimación tradicional y el principio de congruencia, las sentencias dictadas por los jueces competentes asumieron efectos generales.

21. En varios ordenamientos latinoamericanos se ha desarrollado este tipo de procesos para beneficio de los intereses difusos o trascendentales por conducto de las llamadas *acciones populares*, como ocurre en las legislaciones fundamentales de Brasil y de Colombia, con efectos generales para los peticionarios y los afectados no organizados.¹⁸

¹⁸ Cfr. la bibliografía tanto hemerográfica como de libros dedicados al estudio de la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos es muy amplia, por lo que nos limitamos a señalar los estudios recientes y asequibles. En primer lugar es conveniente mencionar dos eventos académicos de particular relieve efectuados, el primero en la ciudad de Pavia, Italia, los días 11 y 12 de julio de 1974, cuyos trabajos se publicaron en el volumen intitulado *Le azioni a tutela de interessi collettivi*, Padova, Cedam, 1976, con acento en el análisis de varias ramas procesales, es decir, en las materias administrativa, civil y penal; y la segunda reunión académica se efectuó en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, efectuado en los días 22-25 de mayo de 1975, en la Universidad de Salerno, y las ponencias presentadas fueron incluidas en la obra *La tutela degli interessi difusi in diritto comparato con particolari riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milano, Giuffrè, 1976. A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a "La protección de intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" (*Der Schutz diffuser kollektiver Interessen in Zivilprozessrecht*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia general estuvo a cargo de los profesores Cappelletti, M. y Garth, B. Este estudio fue publicado en la obra colectiva editada por Habscheid, W. J. intitulada *Effectiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung-Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1983, pp. 181-206; Lozano Higuero y Pinto, M., *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, Aranzadi, 1999; Hernández Martínez, M.ª del P., *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997; Lujosa Videll, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995; Ferrer Mac-Gregor, E., *Juicio de amparo e interés legítimo. La tutela de los derechos difusos y colectivos*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008; A. Gidi, *Coisa julgada e litispendencia em Acções coletivas*, São Paulo, Editora Saraiva, 1995; las obras colectivas coordinadas por Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E., *Procesos colectivos. La tutela de los intereses difusos e individuales en una perspectiva comparada y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ambas 2a. ed., México, Porrúa, 2004; Cabrera Acevedo, L., *El amparo colectivo protector del ambiente y otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2002; de este autor, "Pasado y futuro del amparo colectivo" y de Ferrer Mac-Gregor, E., "El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)", estos dos últimos en la obra coordinada por Ferrer Mac-Gregor, E., *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa/Colegio de Secretarios

D. La interpretación conforme

22. Las sentencias estimatorias en los supuestos de impugnación de normas legislativas poseen efectos generales e implican la nulidad del ordenamiento impugnado o de algunos de sus preceptos, además de las modalidades establecidas por las leyes y los reglamentos que regulan la estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales que resuelven sobre la inconstitucionalidad de normas generales, quienes establecen algunos temperamentos para paliar los efectos negativos de la aplicación inmediata de la nulidad de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a las normas fundamentales, y para ello se otorgan a los Tribunales y Cortes Constitucionales la facultad de fijar fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, que se señalan en los mismos fallos de inconstitucionalidad, con apoyo en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

23. Pero además, la jurisprudencia de dichos organismos jurisdiccionales ha desarrollado una institución que se ha calificado *interpretación constitucional conforme* (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*), la que tiene su origen en las aportaciones de los fallos del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, tesis jurisprudencial que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y, por tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad.

24. Como lo ha señalado certeramente el destacado jurista que hemos citado en varias ocasiones en este modesto estudio, es decir, E. García de

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. 1, pp. 629-637 y 723-743; y el libro coordinado por Ovalle Favela, J., *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo*, México, UNAM, 2004.

Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the Constitution*, principio al que debe agregarse la regla sobre la *presunción de constitucionalidad de las leyes*, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema.¹⁹ De acuerdo con estos principios, una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo.²⁰

25. De acuerdo con la profunda reflexión del conocido constitucionalista alemán K. Hesse, fallecido en el año 2005, la "interpretación conforme" no plantea sólo la cuestión del contenido de la ley sometida a control sino también la relativa al de la Constitución, de acuerdo con el cual la ley debe ser analizada, *lo que exige tanto la interpretación de la ley como la interpretación de la Constitución*, y demuestra la estrecha interrelación existente entre la Constitución y la ley, de acuerdo con el principio de la *unidad del ordenamiento jurídico*.²¹

26. Ese instrumento ha adquirido una importancia creciente y se ha adoptado con esa denominación u otras equivalentes en numerosos ordenamientos constitucionales contemporáneos, si se toma en consideración que los organismos jurisdiccionales especializados en cuestiones de constitucionalidad, sólo acuden a la declaración general de inconstitucionalidad cuando no es posible armonizar las normas legislativas

¹⁹ Cfr. Haak, V., *Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung der Richter* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid véase lag, 1963, pp. 184-213; Hesse, K., *Gründzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania), 16a. ed., Heidelberg, C. F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; id., *Escritos de derecho constitucional (selección)*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 95-103.

²⁰ Cfr. *La Constitución como norma jurídica*, cit. *supra* nota 4, pp. 95-103.

²¹ Cfr. *Elementos de derecho constitucional*, cit. *supra* nota 21, p. 57.

impugnadas con el texto y los principios de la Carta Fundamental, es decir, cuando esa contradicción entre la Constitución y las normas legislativas es insuperable.

27. Por este motivo no se justifica la oposición que todavía se manifiesta en ocasiones en nuestro país sobre la anulación de las normas legislativas con efectos generales, en virtud de que la interpretación conforme puede determinar la validez de las disposiciones impugnadas, de manera que no se contradiga a la Ley Suprema, sino por el contrario se ajuste a la misma. Aun cuando rebasaría los límites de este trabajo, debe señalarse que la interpretación conforme asume varias modalidades que podrían ser objeto de un estudio posterior. Sólo en vía de ejemplo puede mencionarse, que de acuerdo con el conocido constitucionalista francés M. Fromont, la *interpretación conforme puede ser extensiva, restrictiva o simplemente modificatoria*.²²

28. En México, este principio jurisprudencial, a partir de la reforma al segundo párrafo del artículo primero constitucional, publicada el 10 de junio de 2011, se ha convertido en un principio constitucional, pues en el citado numeral se establece: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

29. Además de lo establecido en el párrafo anterior, debe agregarse que la reforma constitucional y legal de 1995, que también se ha señalado, introdujo dos instituciones de derecho procesal constitucional, es decir, las *controversias constitucionales* (conflictos de competencia y de atribución) y la *acción abstracta de inconstitucionalidad*, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Carta Federal, disponen expresamente las sentencias de inconstitucionalidad con efectos generales

²² *La justice constitutionnel dans le monde*, París, Dalloz, 1996, pp. 89-90.

cuando se discute la conformidad con la Carta Federal de disposiciones legislativas tanto federales como locales.

30. En dicha declaratoria de inconstitucionalidad nuestro Máximo Tribunal debería señalar la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, así como los alcances y las condiciones de los efectos generales o declaración conforme, en la inteligencia de que estas declaratorias no tendrán efectos retroactivos sino en el supuesto del artículo 14 de la Carta Federal, es decir, cuando se trate de nuevas disposiciones que beneficien a los inculpados en los procesos penales. Por otra parte, las citadas declaratorias deberán publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*, así como en el órgano oficial en el cual hubiese aparecido la norma impugnada, todo ello dentro del plazo de siete días hábiles a partir de la fecha de haberlas recibido nuestro más Alto Tribunal.

31. Además, debe destacarse que desde hace algún tiempo se han realizado reformas en varias entidades federativas de México para introducir modificaciones a sus constituciones, con el objeto de introducir instrumentos jurisdiccionales para decidir conflictos de constitucionalidad de carácter local,²³ y esta tendencia se fue extendiendo de manera paulatina a numerosas entidades federativas, entre las que se citan en orden alfabético, en la inteligencia de que cada una de ellas asume diversas modalidades y extensión: Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Durango, Chiapas, Estado de México, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas, entre otras, y es factible que se extiendan a las entidades que todavía no cuentan con

²³ La bibliografía sobre la materia es amplia, ya que esta evolución ha interesado a numerosos juristas mexicanos. Nos limitamos a citar a Fix-Zamudio, H., "El derecho procesal constitucional en las Entidades Federativas", en el libro del mismo autor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 357-409. La obra más reciente y actualizada González Oropeza M. y Ferrer Mac-Gregor E., (coords.), *La justicia constitucional en las Entidades Federativas*, México, Porrúa, 2006. Especialmente útil resultan los once cuadros comparativos que aparecen como anexo: Ferrer Mac-Gregor, E., "La regulación de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas (esbozo comparativo)", pp. 1053-1102

controles de constitucionalidad locales. Los organismos encargados de resolver estas controversias constitucionales son variables en las diversas legislaciones locales, ya que en algunos de ellos se han creado Salas Constitucionales autónomas (Veracruz, Quintana Roo, Nayarit, Estado de México, entre otras) o un Tribunal Constitucional (Chiapas), si bien en la mayoría es el Pleno de los tribunales superiores de justicia quien en definitiva resuelve. En algunas entidades se han incorporado, de acuerdo con el modelo federal, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad y en forma similar a dicho modelo, cuando la sentencia definitiva es estimatoria, la disposición local impugnada queda anulada, ya que los efectos son generales o *erga omnes*.²⁴

E. Contenido

32. Es provechoso realizar un breve análisis del contenido de los fallos de los organismos especializados, resoluciones que han asumido una gran complejidad en cuanto ha evolucionado la labor de dichos organismos al decidir, entre otras atribuciones, la solución de los conflictos sobre la constitucionalidad de las normas legislativas. La doctrina constitucional

²⁴ Cfr. Fix-Zamudio, H., varios estudios entre los que pueden citarse: "La Declaración General de Inconstitucionalidad y el juicio de amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98; reproducido en el libro del propio autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa/UNAM, 2003, pp. 183-326; *id.*, "La justicia constitucional en Iberoamérica", originalmente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1979, pp. 641-694, y en el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 439-493; *id.*, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en la obra del mismo nombre, México, UNAM; 1977, pp. 339-369; reproducido en la obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos México*, UDUAL/Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 131-154; *id.*, "La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; núm. 6, 2002, pp. 87-142; Castro, J. V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 34-44; Vallarta Plata, J. G., "El poder judicial el sistema de declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica", en la obra citada en esta misma nota, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, pp. 169-186; Aguilar Álvarez y De Alba, H., *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989; Castillo Soberanes, M. Á., "La declaración general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano", en *Ars Juris. Revista de la Facultad de Derecho de la universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 49-72; y Ferrer Mac-Gregor, E., "Fórmula Otero y declaratoria general de inconstitucionalidad", en *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memorias del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM (en prensa).

y la de carácter procesal, o sea la combinación de ambas en el derecho procesal constitucional, ha establecido las diversas categorías que pueden asumir tanto las sentencias constitucionales estimatorias como las absolutorias o de rechazo, al tomar en cuenta los efectos que estas decisiones adquieren en el ordenamiento jurídico correspondiente.

33. Consideramos que el notable constitucionalista italiano G. De Vergottini ha señalado con claridad el contenido tanto de las sentencias estimatorias como de las absolutorias que pronuncia la Corte Constitucional italiana. La primera subdivisión es la que se refiere, como se ha afirmado, a la separación entre las sentencias estimatorias y las de *absolución y de rechazo*. Las primeras poseen efectos generales (*ex nunc*), como las legislaciones y la doctrina lo sostiene, es decir, *únicamente* para el futuro y sólo excepcionalmente pueden implicar retroactividad, especialmente en materia penal si son favorables a los imputados (*ex tunc*), con lo cual las disposiciones respectivas son expulsadas del ordenamiento jurídico y no podrán aplicarse a partir del momento en que la publicación del fallo constitucional lo señale. La resolución que declara la inconstitucionalidad adquiere *la autoridad de cosa juzgada*, lo que implica que el ordenamiento anulado debe ser sustituido por el órgano legislativo total o parcialmente por otras normas que cumplan con los lineamientos de la sentencia constitucional, lo cual implica que las autoridades legislativas no pueden reiterar total o parcialmente, en las nuevas normas los vicios de inconstitucionalidad señalados en la sentencia constitucional.²⁵

34. Por otra parte, si la sentencia considera que no se ha demostrado la constitucionalidad de las disposiciones combatidas y, por tanto, rechaza los argumentos impugnativos, el fallo no implica en cuanto a su contenido una declaración de que dichas normas son conformes a la Carta Fundamental, por tanto el fallo no adquiere firmeza y puede intentarse posteriormente una nueva impugnación con diversos argumentos.

²⁵ Cfr. De Vergottini, G., *Diritto Costituzionale*, 5a. ed., Padova, CEDAM, 2006, pp. 647-654.

35. Sin embargo, la doctrina ha descubierto otras modalidades en las categorías de fallos, y son las que se han considerado como *sentencias interpretativas*, que abarcan tanto los fallos estimativos como los de rechazo. *Las sentencias interpretativas* de acogimiento de las pretensiones de la demanda implican variaciones al *thema decidendum*, en cuanto declaran la nulidad de las normas impugnadas, siempre que las mismas sean consideradas inválidas de acuerdo con la apreciación que de las mismas realiza la Corte, Sala o el Tribunal Constitucional. De manera diversa, las *sentencias interpretativas de rechazo* son las que declaran que no se ha demostrado la inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas, de acuerdo con la interpretación que ha hecho el órgano especializado, pero en este supuesto el fallo fundamental carece de efectos generales.

36. En relación con la tipología de los contenidos de las sentencias constitucionales, resulta conveniente examinar los puntos de vista doctrinales, apoyados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y complementados con ejemplos de las decisiones de otras Cortes o Tribunales Constitucionales europeos. Nos referimos a la importante monografía redactada por el conocido constitucionalista español F. J. Díaz Revorio sobre el examen específico de las que califica como sentencias interpretativas como género y las aditivas como una especie de dichas decisiones.²⁶ Como puede verse, este autor se encuentra más cerca de la doctrina italiana que de la de los juristas alemanes sobre la interpretación conforme.

37. El autor toma como base de su estudio la distinción entre disposición y norma, la primera se identifica con el texto de la ley impugnada ante el Tribunal Constitucional en tanto que como norma debe entenderse el significado de dicha disposición, o sea el resultado de su interpretación, ya que dicha interpretación consiste en atribuir sentido o significado a un texto normativo; lo anterior no significa, como lo señala

²⁶ Cfr. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad*, Valladolid, España, 2001.

el autor, que disposición y norma tengan una existencia separada, ya que por el contrario ambas están estrechamente relacionadas, pero independientes en cuanto una disposición normativa permite expresar una o varias normas.²⁷

38. Estima el profesor Díaz Revorio, que en España sólo un pequeño sector de las sentencias del Tribunal Constitucional posee ese contenido de sentencias interpretativas o aditivas, pero que en otros ordenamientos europeos son más abundantes, especialmente en Italia (*vid. supra* párrafo 43), si bien en los últimos años han aumentado en su número, por las nuevas situaciones que se han presentado en la actualidad y significan una evolución de la concepción original kelseniana de la justicia constitucional. Además, las sentencias interpretativas, ya sea de estimación o de rechazo, pueden asumir varias modalidades entre las cuales se pueden descubrir las que la doctrina italiana califica como manipulativas y normativas, sin que la intención del tribunal sea invadir las facultades legislativas de las Cámaras, sino auxiliarlos en su labor.

39. De acuerdo con el citado jurista español, el presupuesto de las sentencias interpretativas es que el órgano especializado en la solución de las controversias constitucionales no se pronuncie exclusivamente sobre el texto sino también sobre su contenido normativo. Como dicho tipo de resoluciones se apoya en la idea de que es necesario conservar hasta donde sea posible, la constitucionalidad del texto legislativo impugnado o aplicable en los actos concretos (recursos de amparo), las decisiones interpretativas tienen su fundamento general en el principio de conservación de la ley y su necesaria interpretación conforme con la Carta Fundamental y como característica esencial común el entender qué parte del contenido normativo de la disposición legislativa impugnada es inconstitucional sin que dicha inconstitucionalidad afecte a la disposición

²⁷ *Cfr. op. cit.*, en la nota anterior, pp. 35-42. Asimismo, Guastini, R., "Disposizione vs. Norma", en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, pp. 3 y ss.; y *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 18.

combatida. Las sentencias interpretativas pueden asumir dos modalidades; de estimación, cuando consideran que las normas expresas o implícitas que se derivan del texto legislativo combatido son inconstitucionales, ya que ninguna de las interpretaciones posibles puede armonizar dicha disposición con la Ley Suprema; pero también de rechazo, en cuanto dicha interpretación tiene como resultado que la norma o normas derivadas del texto conducen a la conclusión de que son compatibles con la Constitución. Sin embargo, el autor estima, que toda sentencia interpretativa debe contener un fallo de estimación parcial.²⁸

40. Por lo que respecta a las sentencias que se califican como aditivas, su finalidad es controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haber previsto. Dichos fallos aditivos pueden asumir modalidades, ya que algunos de ellos declaran la inconstitucionalidad de una norma de exclusión implícita, y otras se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado. Por otra parte, estas resoluciones no tienen el propósito de invadir facultades legislativas, en tanto que las propias decisiones no supongan el establecimiento de una "nueva norma" que no se pueda derivar de la ley impugnada.²⁹

41. El prestigiado constitucionalista nicaragüense I

Fornos, analiza las diversas clasificaciones que se han hecho sobre el contenido de las sentencias de los diversos Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales. Entre dichas categorías destacan los sectores establecidos por la doctrina italiana y que se han descrito en los párrafos anteriores, pero se estima conveniente agregar las clasificaciones elaboradas por dicho jurista latinoamericano, en virtud de que señalan algunas categorías que aporta el autor, que tienen interés para el estudio

²⁸ *Cfr. id.*, pp. 59-271 y 286-292.

²⁹ *Cfr. id.*, pp. 292-307.

que se intenta realizar en esta materia. Al respecto pueden citarse las que denomina sentencias atípicas o clásicas que se caracterizan principalmente por corregir los perjuicios que puede causar a la seguridad jurídica la retroactividad de la sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, y para ello señala como un ejemplo las que ha pronunciado la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya que de acuerdo con el ordenamiento constitucional estadounidense, en principio los fallos judiciales en general poseen efectos retroactivos, y por ello dicho tribunal supremo adopta varias modalidades para evitar los efectos de la retroactividad en los fallos que pronuncia. Por el contrario, en el sistema de tipo europeo continental o kelseniano, se ha adoptado un principio contrario, ya que las decisiones generales no tienen efectos sino para el futuro, salvo situaciones excepcionales, como en materia penal favorable. En los ordenamientos fundamentales latinoamericanos se han establecido modalidades que implican una retroactividad atemperada, como sucede con el ejemplo de la jurisprudencia de la Sala Constitucional autónoma dentro de la Corte Suprema de Nicaragua.

42. En una segunda categoría dicho autor señala las sentencias interpretativas, que parten del principio de la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada. En términos generales dichos fallos son aquellos que si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adopta una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Carta Fundamental, pero no lo declara formalmente, como lo hacen varios Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales que la utilizan. En este sector puede comprenderse la interpretación conforme total o parcial. En fin, señala otras categorías que se han utilizado en la doctrina y la jurisprudencia, como las sentencias exhortativas, las aditivas, las sustitutivas y las normativas, que se mencionan en su creciente labor creadora de normas, y estas últimas con inconvenientes por invadir en forma expresa o tácita las facultades de las Cámaras Legislativas.³⁰

³⁰ Cfr. "Las sentencias constitucionales", capítulo XIII, de su libro *Estudios Jurídicos*, prólogo de E. Ferrer Mac-Gregor, t. I, Managua, Hispamer, pp. 485-522.

43. En ese sentido, ninguna de estas dos formas se aplica a la que hemos calificado como *interpretación conforme*, pues aun cuando sea una especie de *fallo interpretativo de rechazo*, la interpretación del organismo jurisdiccional constitucional posee efectos generales, puesto que es obligatoria para las autoridades administrativas y judiciales.

44. Después de examinar el sector de la doctrina a la que hemos dedicado los párrafos anteriores, en esencia la que se refiere a los ordenamientos italiano, español y nicaragüense, este último dentro de los juristas latinoamericanos, existe una coincidencia en cuanto al contenido de algunas sentencias que se refieren a lo que se ha calificado como sentencias interpretativas y dentro de ellas a las nombradas como aditivas, que tienen algunas modalidades como las denominadas manipulativas y normativas. Desde nuestro particular punto de vista estimamos que el nombre de sentencias interpretativas no es el más adecuado, debido a que todos los fallos de inconstitucionalidad se apoyan, como lo sostuvo el destacado jurista alemán H. Hesse, en una doble interpretación constitucional: por una parte de la disposición legislativa impugnada y por la otra de los preceptos relativos de la Carta Fundamental, lo que implica, según la afirmación del profesor español Díaz Revorio, que existen dos normas como resultado de la interpretación constitucional de los textos legales y constitucionales y por conducto de dichas normas debe resolverse la controversia constitucional.

45. En resumen, toda sentencia constitucional se apoya en esa doble interpretación, o sea, que todo fallo de esta naturaleza, en sus distintas modalidades, debe considerarse como interpretativo. Tal vez y nos atrevemos a sugerirlo, que los fallos que se califican como interpretativos puedan comprender aquellos de carácter estimativo como de interpretación negativa de los textos legales impugnados, parcialmente o en su totalidad, y los de rechazo dentro del género de interpretación conforme a que nos hemos referido con anterioridad (*vid. supra* párrafo 45) y las aditivas como una especie de los fallos que abordan la omisión, en este sentido parcial, de normas legislativas apoyadas en textos implícitos o

expresos que impiden que dichas normas puedan considerarse constitucionales y, por tanto, tienen la finalidad, aun cuando en ocasiones puedan invadir las facultades legislativas, de orientar a los propios legisladores respecto a la forma en que deben enfrentar esa omisión que es preciso superar para lograr su conformidad con la Carta Fundamental.³¹

46. Tratándose de fallos estimativos, un sector de la doctrina, como se ha señalado anteriormente, con apoyo en algunos fallos constitucionales, ha establecido las modalidades respecto de los de naturaleza constitucional que abordan los problemas relativos a las *omisiones legislativas*. Ese es un problema muy complejo que no se ha regulado en la legislación de manera expresa, sino que, como se ha indicado, ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional en algunas de sus sentencias. Pocos ordenamientos fundamentales regulan específicamente las omisiones legislativas, como las Constituciones de Portugal (1974-1982),³² Brasil (1988)³³ y Venezuela.³⁴

³¹ Un sector de la doctrina latinoamericana ha explorado recientemente la relación de las sentencias constitucionales y su jurisprudencia en relación con los tribunales ordinarios y sobre los efectos de dichos fallos; *cfr.* Landa Arrollo, C., "Tribunal Constitucional y poder judicial. Una perspectiva desde el derecho procesal constitucional", en *Parlamento y Constitución. Anuario*, publicado por las Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, España, núm. 9, 2005, pp. 9-31; Nogueira Alcalá, H., "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 71-104; Gozaini, O. A., "Sobre las sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 189-217.

³² El artículo 283 de la Constitución portuguesa de 1974-1982, lleva como epígrafe *Inconstitucionalidad por omisión*, y en esencia dispone: que si el Tribunal Constitucional, a requerimiento del presidente de la República; del promotor de la Justicia (*Ombudsman*), o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales (cuando se aleguen violaciones a los derechos de las regiones autónomas), considera y comprueba que no se ha cumplido con la Constitución debido a omisión de las medidas legislativas necesarias que permitan la aplicación de las normas constitucionales, dicho tribunal lo hará del conocimiento del órgano legislativo competente. *Cfr.* Miranda, J., *Manual de Derecho Constitucional*, Coimbra, 1990; *id.*, "Fiscalização por omissão no ordenamento português", en Bazán, V., (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pp. 153-161.

³³ Los artículos 102, fracción I, inciso *a*), de la Carta Federal Brasileña de 1988, y 103, regulan, inspirándose en el modelo portugués, la *inconstitucionalidad por omisión legislativa*, que puede ser promovida por la *acción de inconstitucionalidad* ante el Tribunal Supremo Federal; por el presidente de la República; por los órganos directivos del Senado Federal, de la Cámara de Diputados y de la Asamblea Legislativa; por el gobernador de un Estado; por un partido político con representación en el Congreso Nacional; por una confederación sindical o por una entidad de carácter nacional. Es significativo en esta materia lo establecido por el párrafo 20 del citado artículo 103 constitucional, en el sentido de que: "Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de una norma para hacer

47. En estos ordenamientos, la omisión constitucional se presenta cuando una o varias normas fundamentales establecen la obligación del legislador de expedir normas secundarias para lograr el cumplimiento de las primeras y cuando dicha obligación no se cumple en el plazo que en ocasiones fija la misma Carta Fundamental, o bien dentro de un tiempo razonable. En caso contrario, se presenta un vacío que hace difícil o casi imposible la aplicación de las normas constitucionales. Cuando la omisión se atribuye al mismo legislador, la sentencia constitucional solicita a los legisladores cumplan con la obligación fundamental, pero no se le puede imponer de manera imperativa; en cambio si el incumplimiento de una norma general se debe a la autoridad administrativa, se fija un plazo para expedir la norma o normas reglamentarias correspondientes.

48. No obstante la complejidad del tema de la omisión legislativa, los Tribunales y Cortes Constitucionales, en ausencia de una regulación fundamental, pero tomando en cuenta la falta de cumplimiento de una obligación de las autoridades legislativas, comprendiendo como tales a las cámaras y a las autoridades administrativas respecto a los reglamentos, han pronunciado fallos constitucionales que poseen como contenido la posibilidad de tratar de evitar ese vacío y dan instrucciones al legislador y al administrador para colmarlo, pero en tanto que al legislador en

efectivo un precepto constitucional, se comunicará al órgano competente para la adopción de las medidas necesarias, y tratándose de una autoridad administrativa (disposiciones reglamentarias), para que las tome en treinta días". Cfr. Da Silva, J. A., *Curso de derecho constitucional positivo*, 23a. ed., São Paulo, 2003, pp. 5; *id.*, "O contrólo constitucional das leis no Brasil", en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), Madrid, Dykinson, 1997, pp. 404 y 405; V. Bazán, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones constitucionales. Una visión de derecho comparado", en M. Carbonell, *En busca de las normas ausentes*, México, UNAM, 2003, pp. 115-120.

³⁴ El artículo 336.7 de la Carta Fundamental vigente de Venezuela establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene la facultad de: "*Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo, municipal, estatal o nacional, cuando hayan dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las hayan dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de la corrección*" (las cursivas son nuestras). El artículo 5, párrafo 1.3, de la Ley Orgánica del citado Tribunal Supremo de Justicia, precisa respecto de la facultad mencionada de la Sala Constitucional que *no implica usurpación de funciones de otro órgano del poder público o extralimitación de atribuciones*. Cfr. Brewer-Carías, A. R., *La justicia constitucional (procesos y procedimientos constitucionales)*, prólogo de D. García Belaunde, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, pp. 364-370

sentido estricto no puede obligarlo a hacerlo de manera imperativa, si le es posible respecto de las normas reglamentarias. Por ello algunos fallos en esta dirección se han calificado por la doctrina italiana como sentencias *manipulativas*, *correctivas*, *sustitutivas* e inclusive *legislativas*, que en nuestro concepto podían también denominarse *normativas*, todas ellas con el objeto de orientar al legislador sobre las disposiciones que deben aprobar para salvar la omisión y que se consideran las más adecuadas para cumplir con la obligación fundamental (*vid. supra* párrafo 52).

49. Debe destacarse que en las Constituciones de varios Estados mexicanos que se han señalado con anterioridad (*vid. supra* párrafo 30), han establecido expresamente las facultades de los organismos especializados, que se depositan generalmente en una sala y en los plenos de los tribunales superiores de carácter local, para conocer de omisiones legislativas, y atribuyen a las sentencias estimatorias efectos generales, con diverso contenido, en algunos casos de carácter indicativo, pero en otras llegan a establecer obligaciones imperativas para los órganos legislativos. Así se advierte con diversos matices y modalidades en los Estados de Chiapas, Coahuila, Tlaxcala, Quintana Roo y Veracruz.³⁵ En el ámbito federal, al no existir una acción específica, se ha tratado de canalizar por los mecanismos constitucionales existentes.

F. Efectos

50. Parece sencillo determinar los efectos de las sentencias constitucionales emitidas por los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos constitucionales, ya que cuando acogen los argumentos de la parte que impugna las normas generales, forzosamente tienen carácter general, y por el contrario, cuando son de rechazo o desestimatorias, carecen de la firmeza de las decisiones positivas, por lo que los efectos de las mismas no implican el reconocimiento expreso de la

³⁵ Cfr. M. González Oropeza, M. y Ferrer Mac-Gregor, E., (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, *op. cit.*, nota 34, pp. 1056 y 1099-1101.

constitucionalidad de las disposiciones legislativas combatidas, ya que pueden impugnarse con posterioridad debido a hechos o razonamientos diversos que llevaron a su rechazo.

51. Pero como también se ha señalado con anterioridad (*vid. supra* párrafo 46), tanto las normas constitucionales como las leyes reglamentarias de las Cortes o los Tribunales Constitucionales prevén medios para matizar los efectos de los fallos, al establecer atribuciones flexibles a dichos organismos jurisdiccionales especializados tanto en las fechas como en las condiciones de la aplicación de las sentencias constitucionales de acogimiento, lo que ha permitido atenuar los efectos negativos del vacío que se produce con la nulidad de las normas legislativas, en tanto no son sustituidas por unas nuevas por parte del legislador, las que deben cumplir con las condiciones fijadas en el fallo para su conformidad con la Carta Suprema.

G. Cumplimiento y ejecución

52. Una cuestión se refiere a los efectos de los fallos estimatorios y otra su cumplimiento estricto por parte de legislador y de las autoridades administrativas, quienes también están obligadas a acatarlos, tanto en su función de establecer las normas legislativas y reglamentarias correspondientes en cumplimiento de las sentencias, en las cuales debía acatar las normas constitucionales, como también en las sentencias que las anulaban y con apoyo en ellas dejar sin efecto las disposiciones expulsadas.

53. Contra lo que pudiera esperarse en virtud de las dificultades que han existido en la ejecución de las sentencias contra el Estado, el cumplimiento de las sentencias constitucionales estimatorias ha sido menos difícil que las administrativas, debido a la aceptación política y social que la labor de las Cortes y Tribunales Constitucionales han logrado con el tiempo en los respectivos países que los han adoptado, inclusive en Latinoamérica, si bien su labor ha encontrado algunos tropiezos con la llamada "Guerra de las Cortes", es decir, las desavenencias y contradicciones

respecto de la labor de algunos Tribunales Supremos y si bien se presentaron en varias épocas y ocasiones, han logrado superarse, con el reconocimiento de la superioridad de los organismos especializados en solución de conflictos constitucionales en las materias de su competencia.³⁶

54. En esta dirección puede considerarse paradigmática la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que se ha convertido, especialmente a través de la reforma de su competencia en el año de 1925, al establecerse como método de admisión de los casos planteados ante ella, el llamado *writ of certiorati*, lo que significa que dicho Tribunal puede elegir libremente, de acuerdo con el dictamen de una comisión de tres de sus miembros, revisada por el Pleno, únicamente aquellas controversias que consideran esenciales para el país, y que en su mayoría han sido de carácter constitucional, en particular referidos a los derechos humanos, lo que ha convertido a dicho organismo jurisdiccional federal en un Tribunal Constitucional desde el punto de vista material.

55. Por otra parte, aun cuando teóricamente el sistema americano estableció como una regla básica los efectos particulares de las sentencias constitucionales, en la práctica también se aplican otros dos principios de la tradición angloamericana, el *stare decisis*, que implica que los fallos de un tribunal de mayor jerarquía establecen principios jurisprudenciales que deben seguir los de carácter inferior, y si la Corte Suprema Federal

³⁶ Cfr. aun cuando también respecto de los conflictos entre los Tribunales y Cortes Supremas con los Tribunales y Cortes Constitucionales, que han sido frecuentes, éstos han disminuido recientemente debido a una mayor precisión de la jurisprudencia y de la doctrina, respecto de las facultades de supremo intérprete de la legalidad por los Tribunales y Cortes Supremas, en relación con la supremacía indiscutible de los Tribunales y Cortes Constitucionales como intérpretes finales de las normas constitucionales. Pero debe tomarse en cuenta que los tribunales ordinarios deben aplicar las disposiciones legislativas de acuerdo con la Constitución y en esta materia pueden entrecruzarse facultades de ambos sectores, pero en este supuesto, la interpretación constitucional de la ley que en todo caso prevalece es la de los organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales. Cfr. el reciente estudio del destacado jurista español, actualmente miembro del Tribunal Constitucional de su país, Aragón Reyes, M., "Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, Instituto/IIDPC, núm. 8, México, julio-diciembre, 2007, pp. 31-39.

es la más Alta del poder judicial federal, sus fallos deben ser acatados por todos los tribunales federales, y de cierta manera también por los locales, todo lo cual ha otorgado a las sentencias constitucionales de dicha Corte Suprema efectos generales, que además son acatados por las autoridades administrativas de todo el país, debido al prestigio moral de la Corte. Podemos citar varios ejemplos de que debido a este respeto se cumplieron fallos muy polémicos, entre los cuales destaca el famoso Caso *brown v. board of Education*, resuelto el 17 de mayo de 1954, que estableció la obligatoriedad de la integración racial en las escuelas públicas de todo el país, y que encontró resistencia de algunos gobernadores de Estados del Sur, los cuales se vieron obligados a acatar el fallo, al ser impuesto por el gobierno federal con apoyo de la guardia nacional.

56. Sin embargo, esta tradición de respeto y de obligatoriedad general de los fallos de la Corte Suprema Federal ha encontrado obstáculos de cumplimiento por el miedo generalizado en los Estados Unidos a partir del terrible atentado terrorista sobre las torres gemelas de Nueva York en el año 2001, situación que generó una legislación de emergencia, que también se desarrolló en otros países de Occidente, si bien no tan radical como en Norteamérica, y esta situación ha restringido de manera permanente los derechos de libertad y de seguridad jurídica de los ciudadanos. Deben recordarse dos fallos de dicho Alto Tribunal que establecieron ciertas reglas protectoras para los afectados por dicha legislación. Nos referimos a los casos en los cuales se confirmaron derechos básicos de los afectados por la legislación antiterrorista, que se inició a partir de la conocida *Patriotic Act*, que modificó las libertades individuales de libertad, integridad y seguridad personales con la detención que puede ser indefinida respecto de los sospechosos de terrorismo, para los cuales se altera el principio básico de la presunción de inocencia sustituido por el contrario, y además sin la obligación de someter a un juicio formal a los acusados.³⁷ Un caso extremo es el que representan los sospechosos

³⁷ Cfr. el interesante análisis del debido proceso en tiempos de terrorismo que realiza el constitucionalista panameño Hoyos, A., *Debido proceso y democracia*, prólogo de E. Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2006, especialmente pp. 62 y ss.

detenidos indefinidamente y sin derecho de defensa en la base naval estadounidense de Guantánamo en la isla de Cuba. Los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema fueron ignorados en una situación que no se había presentado con anterioridad, ya que el Gobierno Federal desestimó por un tiempo largo, las dos sentencias mencionadas de la Corte Suprema, lo que resulta muy preocupante.³⁸

H. La jurisprudencia internacional y su trascendencia en el ámbito interno

57. Otra aproximación al tema de las sentencias constitucionales en el ámbito interno de los Estados, debe realizarse no sólo a la luz de los derechos constitucional y procesal, sino también teniendo en consideración el derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas, además de la creación de *tribunales supranacionales*, sean de carácter *transnacional* o de naturaleza *internacional*, cuya jurisprudencia tiene eficacia directa o indirecta en los estados nacionales.³⁹

³⁸ Los dos casos más importantes en esta materia, resueltos por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, ambos el 28 de junio de 2004, son: *Hamdan et al. vs. Rumsfeld*, por mayoría y con votos disidentes y concurrentes, se decidió que si bien el reclamante era ciudadano estadounidense, y había sido detenido en Afganistán, tenía derecho a acudir a los tribunales para hacer valer sus defensas con el objeto de desvirtuar el cargo que se le imputaba de ser "enemigo combatiente". En el segundo asunto, *Rasul et al. vs. President of the United States*, dicha Corte resolvió que examinó la petición de *habeas corpus* promovido por varios detenidos sin proceso en la base naval norteamericana de Guantánamo en Cuba, detenidos inicialmente también en Afganistán, pero trasladados a ese lugar. Dicho Alto Tribunal resolvió por mayoría que los tribunales federales tienen competencia para examinar las impugnaciones presentadas por extranjeros capturados fuera de su territorio con motivo de las hostilidades en Afganistán, pero que se encuentran en un territorio en el cual los Estados Unidos ejercen *jurisdicción exclusiva* como es la citada base militar y, además, el hecho de que los detenidos se encuentren bajo custodia castrense carece de relevancia jurídica. *Cfr.*, respecto de los antecedentes judiciales de estas decisiones judiciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos, puede consultarse el documentado estudio de la distinguida jurista argentina Sagüés, M.ª S. "Justicia para el terror: Un cauteloso ejercicio de la jurisdicción constitucional por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/IIIDPC, núm. 3, enero-junio de 2003, pp. 347-375; *id.*, "Justicia para el terrorismo. El actual desafío de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América", en *Debates de Actualidad*, Buenos Aires, marzo de 2004, pp. 19-31.

³⁹ *Cfr.* Fix-Zamudio, H., "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales", en Andolina, Í (coord.), *Trans-National aspects of procedural law, general reports, X World Congress on Procedural Law*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, t. I, pp. 181-311.

58. La distinción entre estas dos clases de organismos jurisdiccionales *supranacionales* resulta importante debido a las diferencias en la eficacia de sus fallos. Los tribunales transnacionales son aquellos que se sitúan en el nivel superior de los sistemas de integración, aplicando de manera final y definitiva las normas comunitarias o de integración (que se encuentran en una esfera intermedia entre las de carácter nacional y las de índole internacional), de tal manera que culminan los procesos judiciales comunitarios o de integración. Este tipo de sentencias resultan *obligatorias para los jueces y tribunales nacionales*, como sucede con las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En nuestra región, si bien todavía de manera incipiente, destacan los organismos jurisdiccionales establecidos de acuerdo con determinados acuerdos, como la Corte de Justicia Centroamericana creada en 1962 y con carácter permanente a partir del Protocolo de Tegucigalpa de 1991 (que integra a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá); o también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Quito, Ecuador, iniciando sus funciones en 1984, con modificaciones posteriores en 1996 con el protocolo de Cochabamba (que integra a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela). Estos organismos jurisdiccionales pronuncian sentencias obligatorias y firmes en relación con las materias de la propia integración, siendo en general de carácter obligatorio para los jueces y tribunales nacionales.

59. En cambio, los tribunales internacionales son *subsidiarios y complementarios* de los organismos internos encargados de la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Las sentencias que dictan estos organismos jurisdiccionales, si bien resultan obligatorias, carecen del carácter ejecutivo y depende de cada ordenamiento interno regular la manera en que deben cumplirse. La jurisprudencia internacional en estos casos tiene carácter obligatorio únicamente por lo que respecta a la violación de los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales, pero no están facultados directamente para anular o modificar las sentencias o resoluciones de los organismos internos. Aquí se ubican los tribunales de carácter universal, como la Corte Internacional

de Justicia, la Corte Penal Internacional, como órganos de las Naciones Unidas; o también los tribunales regionales para la protección de los derechos humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reciente Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, si bien fue creada por protocolo desde el 25 de enero de 2004, sus jueces fueron electos hasta enero de 2006, iniciando funciones en Arusha, Tanzania, en julio de ese mismo año.

60. De tal manera que en la ejecución de las sentencias de estos tribunales supranacionales existen diferencias, ya que mientras los tribunales internacionales resultan obligatorios, son los ordenamientos nacionales los que establecen la manera o forma de cumplirlos en el ámbito interno. Así sucede, por ejemplo, con la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyas resoluciones adquieren la calidad de *cosa juzgada* y poseen carácter *obligatorio, pero no ejecutivo*, cuyo cumplimiento de las resoluciones condenatorias queda a cargo de la vigilancia del Comité de Ministros del Consejo de Europa.⁴⁰ Las resoluciones de *los tribunales transnacionales*, en cambio, son obligatorias para las partes y tienen carácter ejecutivo para los Estados nacionales. Por supuesto que estas diferencias teóricas sobre las consecuencias de ejecución de las resoluciones deben matizarse en la práctica, debido a que incluso los fallos de los tribunales transnacionales no logran la ejecución interna forzosa, por lo que en la realidad también quedan supeditados a la actuación de los órganos internos de los Estados, entre los que se encuentran los propios jueces y tribunales nacionales.

61. Las relaciones de los tribunales supranacionales (internacionales y transnacionales) con los de carácter nacional resulta trascendental, ya que la eficacia de la jurisprudencia de los primeros incide sobre los segundos

⁴⁰ Cfr. Fix-Zamudio, H., "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", en Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, op. cit., supra nota 29.

sea de manera directa o indirecta. Esta relación tiene mayor grado de intensidad en la esfera comunitaria, por medio del *control difuso de los jueces nacionales*, que deben preferir el derecho comunitario sobre el interno, inclusive el de mayor jerarquía, como es el de carácter constitucional. Por eso, la aprobación de los tratados de integración implica la necesidad de realizar reformas constitucionales para armonizar el derecho interno con el supranacional, como ocurrió evidentemente con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht en varios ordenamientos europeos.

62. De esta manera los tribunales nacionales (incluso los de naturaleza constitucional) están obligados a seguir los criterios de un tribunal supranacional, como es el caso de los países miembros de la Unión Europea respecto del Tribunal de Luxemburgo o cuando las Constituciones nacionales de un país incorporan la interpretación que realicen órganos jurisdiccionales internacionales, como ocurre en Colombia, España, Perú o Portugal, en materia de derechos fundamentales. Esto sucede también cuando los tribunales nacionales adoptan o reciben voluntariamente esos criterios y los aplican en sus sentencias internas, al entender que esas resoluciones inciden en la validez jurídica de sus ordenamientos internos, especialmente cuando se trata de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.⁴¹

63. Con independencia del grado de eficacia y vinculación de estos fallos internacionales, en los países latinoamericanos se aprecia una tendencia, si bien todavía no consolidada, hacia la recepción consciente por parte de los jueces y tribunales nacionales respecto de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez se

⁴¹ En general sobre la temática de la eficacia de las sentencias estimatorias de los tribunales supranacionales, *vid.* el interesante estudio de Silva García, F., *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007. *vid.* también Ayala Corao, C., "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, E., (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 2006, t. II, pp. 1471-1532.

ha nutrido de la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales de los Estados. De esta manera se está produciendo una colaboración recíproca entre los tribunales nacionales y los internacionales, especialmente, en materia de derechos humanos a manera de un *diálogo jurisprudencial*.⁴²

I. Conclusiones

64. De las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

65. *Primera*. Para una comprensión completa de las sentencias de los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales, es necesario examinar la temática teniendo en consideración los avances de las disciplinas del derecho constitucional y la ciencia procesal, así como también del derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas y dada la evolución de la regulación normativa y, especialmente, de la jurisprudencia que dichos organismos jurisdiccionales especializados han desarrollado, con numerosos matices que han producido una gran complejidad tanto por lo que se refiere a su naturaleza, contenido, efectos y ejecución de dichos fallos, así como la eficacia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el ámbito interno.

66. *Segunda*. Desde una perspectiva histórica los conceptos básicos relativos a las resoluciones jurisdiccionales surgieron en el ámbito de la jurisdicción ordinaria y, posteriormente, fueron analizados sistemáticamente por la doctrina científica del derecho procesal, bajo los principios

⁴² Precisamente este nombre de *Diálogo Jurisprudencial* recibe la nueva revista que edita el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, conjuntamente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer, que a la fecha se han editado dos números (julio-diciembre de 2006 y enero-julio de 2007), en el primero de ellos se reproducen sentencias de Cortes y Tribunales Constitucionales que han tenido en consideración tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

esenciales de la teoría general del proceso (o si se prefiere del derecho procesal). La doctrina clásica del procesalismo científico considera como género a las resoluciones jurisdiccionales y como especies los acuerdos o decretos, autos y sentencias. Estas categorías de las resoluciones judiciales pronunciadas por los jueces y tribunales ordinarios, se aplicó en sus lineamientos básicos a las dictadas por las Cortes y Tribunales Constitucionales, pero su contenido relativo a la solución de las controversias de carácter fundamental confirió a las decisiones definitivas de dichos organismos jurisdiccionales modalidades y matices particulares, si bien los lineamientos tradicionales se aplicaron sin variaciones a las decisiones de trámite y etapas del proceso constitucional, es decir, los acuerdos o decretos y los autos.

67. *Tercera.* La doctrina constitucional y la de carácter procesal, o sea la combinación de ambas en el derecho procesal constitucional, ha establecido las diversas categorías que pueden asumir tanto las sentencias constitucionales estimatorias como las absolutorias o de rechazo, al tener en cuenta los efectos que estas decisiones adquieren en el ordenamiento jurídico correspondiente. Siguiendo a la clásica doctrina italiana, la primera subdivisión es la que se refiere a la separación entre las sentencias *estimatorias* y las de *absolución o de rechazo*. Las primeras poseen efectos generales (*ex nunc*), produciendo consecuencias para el futuro y sólo excepcionalmente pueden implicar retroactividad, especialmente en materia penal si son favorables a los imputados (*ex tunc*), con lo cual las disposiciones respectivas son expulsadas del ordenamiento jurídico y no podrán aplicarse a partir del momento en que la publicación del fallo constitucional lo señale. La resolución que declara la inconstitucionalidad, adquiere *la autoridad de cosa juzgada*, lo que implica que el ordenamiento anulado debe ser sustituido por el órgano legislativo total o parcialmente por otras normas que cumplan con los lineamientos de la sentencia constitucional, lo cual implica que las autoridades legislativas no pueden reiterar total o parcialmente, en las nuevas normas los vicios de inconstitucionalidad señalados en la sentencia constitucional.

68. *Cuarta.* Un enfoque fundamental es el relativo a la ciencia del derecho constitucional que ha elaborado una rica dogmática en cuanto a los efectos y contenidos de las sentencias que pronuncian los organismos especializados en la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, ya que los resultados de estas resoluciones no sólo son jurídicos sino también producen consecuencias políticas desde un punto de vista técnico. Las sentencias estimatorias en los supuestos de impugnación de normas legislativas poseen efectos generales e implican la nulidad del ordenamiento impugnado o de algunos de sus preceptos, además de las modalidades establecidas por las leyes y los reglamentos que regulan la estructura y las funciones de los Tribunales Constitucionales que resuelven sobre la inconstitucionalidad de normas generales, quienes establecen algunos temperamentos para paliar los efectos negativos de la aplicación inmediata de la nulidad de las disposiciones legislativas declaradas contrarias a las normas fundamentales, y para ello se otorgan a los Tribunales y Cortes Constitucionales la facultad de fijar fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, que se señalan en los mismos fallos de inconstitucionalidad, con apoyo en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

69. *Quinta.* Una característica esencial que se advierte en la jurisprudencia contemporánea de dichos organismos jurisdiccionales es el desarrollo de lo que se ha calificado como *interpretación constitucional conforme* (*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*), la que tiene su origen en las aportaciones de los fallos del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y, por tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad y de la consecuente expulsión del ordenamiento jurídico de las normas generales impugnadas.

70. *Sexta*. En cuanto a la amplia gama de tipología de contenidos de las sentencias constitucionales, existe cierta coincidencia en la doctrina contemporánea en cuanto al contenido de algunas sentencias que se refieren a lo que se ha calificado como *sentencias interpretativas* y dentro de ellas a las nombradas como *aditivas*, que tienen algunas modalidades, para lo cual resulta esencial dentro de la interpretación constitucional contemporánea la distinción entre texto y contenido normativo. Si bien el nombre de sentencias interpretativas no es el más adecuado, debido a que en realidad todos los fallos de inconstitucionalidad se apoyan en una doble interpretación constitucional; por una parte, de la disposición legislativa impugnada y, por la otra, de los preceptos relativos de la Carta Fundamental, lo que implica que existen dos normas como resultado de la interpretación constitucional de los textos legales y constitucionales y por conducto de dichas normas debe resolverse la controversia constitucional. Las *sentencias interpretativas* de acogimiento de las pretensiones de la demanda, implican variaciones al *thema decidendum*, en cuanto declaran la nulidad de las normas impugnadas, siempre que las mismas sean consideradas inválidas de acuerdo con la apreciación que de las mismas realiza el órgano de control. De manera diversa, las *sentencias interpretativas de rechazo* son las que declaran que no se ha demostrado la inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas, de acuerdo con la interpretación que ha hecho el órgano especializado, pero en este supuesto el fallo fundamental carece de efectos generales.

71. *Séptima*. Por lo que hace a la complejidad del tema de la omisión del legislador, los Tribunales y Cortes Constitucionales, en ausencia de una regulación fundamental, pero teniendo en consideración la falta de cumplimiento de una obligación de las autoridades legislativas, comprendiendo como tales a las cámaras y a las autoridades administrativas respecto a los reglamentos, han pronunciado fallos constitucionales que poseen como contenido la posibilidad de tratar de evitar ese vacío y dan lineamientos al legislador y al administrador para colmarlo, pero en tanto que al legislador en sentido estricto no puede obligarlo a hacerlo de manera imperativa, sí le es posible respecto de las normas reglamen-

tarias. Por ello algunos fallos en esta dirección se han calificado por la doctrina como sentencias *manipulativas*, *correctivas*, *sustitutivas* e inclusive *legislativas*, que en nuestro concepto podían también denominarse *normativas*, todas ellas con el objeto de orientar al legislador sobre las disposiciones que deben aprobar para salvar la omisión y que se consideran las más adecuadas para cumplir con la obligación fundamental.

72. *Octava*. Por último, el tema de las sentencias constitucionales debe ser también analizado bajo la perspectiva del derecho internacional, debido a la creciente influencia de este último en las constituciones nacionales contemporáneas, además de la creación de *tribunales supranacionales*, sean de carácter *transnacional* o de naturaleza *internacional*, cuya jurisprudencia tiene eficacia directa o indirecta en los Estados nacionales. Si bien ambos tipos de tribunales emiten sentencias obligatorias con calidad de cosa juzgada, la distinción se encuentra en el carácter ejecutivo que poseen los primeros. Por otra parte, se advierte una influencia recíproca entre los tribunales nacionales e internacionales a manera de un diálogo jurisprudencial y con independencia de la eficacia directa o indirecta que pueda tener la jurisprudencia internacional sobre la nacional

AMÉRICA

5. Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*

Néstor Pedro Sagüés**

María Sofía Sagüés***

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Se parte de los conceptos previamente volcados en los artículos de Néstor Pedro Sagüés "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", publicado en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 12, 2008, pp. 333-356 y Sagüés, María Sofía, "Nomogenética y diálogo institucional en la Corte Suprema de la Nación Argentina", *Jurisprudencia Argentina*, volumen 2010-III, pp. 1345 a 1359 y "La jurisdicción dialógica en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", publicado en *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, suplemento especial núm. 8, de fecha 25 de agosto de 2021.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid y Nacional del Litoral (Argentina). Catedrático de Derecho Constitucional en las Universidades de Buenos Aires (emérito) y Católica Argentina. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

*** Doctora en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Profesora de grado y postgrado en numerosas universidades, como las Facultades de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Universidad de Buenos Aires y Universidad Austral. Secretaria General del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO: A. Introducción; B. Sentencias típicas; C. Sentencias atípicas; D. Efectos de las sentencias constitucionales. Posición inicial; E. Mutaciones, avatares y contradicciones; F. La Corte Suprema y el seguimiento de sus propios precedentes; G. Evasión y sometimiento de los tribunales inferiores; H. El factor tiempo; I. Los efectos de las sentencias de los tribunales provinciales; J. Recapitulación. Conclusiones. K. Bibliografía.

A. Introducción

Argentina es un Estado federal, muy apegado al esquema constitucional estadounidense.¹ En materia de control de constitucionalidad, también ha seguido las pautas iniciales sentadas en este país. Sin embargo, y a pesar de la similitud de los dos textos constitucionales en esta temática, en la actualidad la fisonomía y dinámica de la Corte Suprema nacional no es la misma en ambas naciones. Mientras que en Estados Unidos la Corte se ocupa de no más de cien sentencias anuales, que abordan temas principalmente constitucionales, la Corte Suprema argentina es un tri-

¹ En determinados puntos, el federalismo norteamericano es más intenso que el argentino. Por ejemplo, el "derecho común" (civil, comercial, penal) está regulado en los Estados Unidos por los estados, mientras que en Argentina existe una legislación uniforme en tales materias, dictada por el gobierno nacional. En verdad, según el modelo de Juan B. Alberdi, en gran medida autor intelectual de la Constitución argentina de 1853, ésta no programa una Federación pura, sino un ente híbrido, mixto o compuesto, de una "Federación unitaria", o una "unidad federativa". Véase Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", en *Organización política y económica de la Confederación Argentina* (Besanzón, 1856), nueva edición oficial, cap. XXIV, p. 100.

bunal de "ramos generales" (como lo hemos llamado desde años atrás), que diligencia miles de casos de derecho constitucional, pero también de derecho civil, comercial, penal, laboral o tributario, entre otros. En ciertos momentos pudo afirmarse que es la Corte Suprema con mayor cantidad de trabajo, en el mundo. A su vez, los efectos de las sentencias abarcan un abanico sumamente disímil, que va desde decisiones con alto impacto (activistas, nomogenéticas e incluso estructurales), a otras con aplicación exclusiva al caso, o que rechazan recursos por incumplimiento de requisitos formales, como un tope máximo de renglones.

Por lo demás, puesto que cada *provincia* (o Estado federado) argentina puede adoptar esquemas propios en materia de organización jurisdiccional, los efectos de las sentencias no son exactamente iguales en el ámbito nacional y en el provincial. Marcaremos al final de este trabajo (que se centra, particularmente, en la esfera nacional), algunas notas distintivas.

El presente artículo tiene por meta describir cuáles son las clases de sentencias constitucionales que maneja la Corte Suprema de Argentina, y reseñar los principales resultados que ellas tienen en la experiencia jurídica concreta.

B. Sentencias típicas

Liminarmente debe recordarse que el régimen argentino nacional de control judicial de constitucionalidad² es *difuso, desconcentrado o disperso* (cualquier juez "judicial" puede reputar inconstitucional a una norma, y ello le implica un deber, de darse las condiciones del caso),³ fundamentalmente *letrado* (aunque puede haber jueces "legos", no titulados

² Para la descripción del sistema argentino de control de constitucionalidad nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4a. ed., 2a. reimp., Buenos Aires, Ed. Astrea, t. I, 2013, pp. 98 y ss.

³ La habilitación del control de constitucionalidad es tanto para todos los jueces nacionales como provinciales. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), *Fallos*, 312:2494.

en derecho, también con competencia para resolver temas constitucionales), *permanente*, impulsable a requerimiento de parte (por vía de "excepción" o de "acción"), o por el propio juez ("de oficio"), y con un amplio margen de cobertura, ya que el territorio de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*) se ha reducido sensiblemente en los últimos lustros. Los efectos del veredicto debían ceñirse —teóricamente— al caso concreto (resultado *inter partes*), pero veremos más tarde que ello no es ahora exactamente así.⁴

No hay en Argentina un "Tribunal Constitucional" al estilo kelseniano, concentrado y especializado en temas constitucionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin embargo, gusta definirse como un "Tribunal de garantías" o de "derechos constitucionales", en el sentido que debe tutelarlos.⁵ En los últimos años, se ha enfatizado una corriente de ese tribunal en cuyo marco, en algunos casos, adopta matices procesales propios de un sistema concentrado (como pronunciamientos aún ante la inexistencia de caso, con efecto expansivo o derogatorio, a futuro, entre otros), lo que permitiría hablar de una "hibridación" del sistema de control de constitucionalidad, como se verá más adelante.⁶

En ese contexto, las sentencias "típicas" son las que declaran la inconstitucionalidad de un precepto (sentencias "admisorias" o "estimatorias", aunque esta terminología no es frecuente en Argentina), y las que rechazan el acuse de inconstitucionalidad ("desestimatorias").

En la experiencia judicial argentina se han presentado situaciones que son propias de un sistema difuso o desconcentrado de control de cons-

⁴ Un problema particular suscita los fallos o sentencias, "plenarios" o "plenos", de ciertos tribunales, por ejemplo, de segunda instancia, que según el régimen legal en vigor sientan doctrina obligatoria para los jueces inferiores. Si la doctrina establecida es en materia constitucional, se estaría restringiendo la libertad de decisión de los jueces inferiores para declarar o no constitucional a una ley. En algún caso la Corte Suprema de Justicia ha dicho que los planteos de inconstitucionalidad no deben ser materia de los plenos o plenarios: CSJN, *Fallos*, 302:980.

⁵ Véase por ejemplo la sentencia pronunciada en "Pérez de Smith", CSJN, *Fallos*, 297:338; o en el primer caso "Timerman", CSJN, *Fallos*, 300:816.

⁶ Véase en torno a este punto, a Sagüés, María Sofía, "Nomogenética y diálogo institucional en la Corte Suprema de la Nación Argentina", *Jurisprudencia Argentina*, 2010-III, pp. 1345 a 1359.

titucionalidad. Por ejemplo, que un juzgado o un tribunal colegiado reputa constitucional a una ley y otro resuelva lo contrario. Si no median recursos idóneamente interpuestos contra esos fallos, pueden quedar firmes y ejecutoriados, circunstancia que posibilita que el sistema judicial dé respuestas contradictorias. Es cierto que una escalera procesal, el "recurso extraordinario federal" previsto en sus comienzos por el artículo 14 de la Ley 48, permite llevar (aunque bajo ciertas condiciones restrictivas) un expediente donde se decida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma presuntamente opuesta a la Constitución Federal, ante la Corte Suprema Nacional, que consuma entonces una suerte de "casación federal".⁷ Sin embargo, este recurso y los que pueden serle previos, no siempre son articulados en tiempo y forma.

Otra hipótesis llamativa es el caso de las "inconstitucionalidades evolutivas": una norma puede ser reputada en un fallo, por ejemplo de la Corte Suprema, como constitucional, pero en otro posterior del mismo tribunal, inconstitucional (veredicto que no la deroga), y en un tercer pronunciamiento de idéntica Corte, volver a ser juzgada como constitucional.⁸ Estos vaivenes son frecuentes cuando la integración de la Corte ha variado, alternativa que ocurre con cierta frecuencia.⁹ Algunas veces la Corte recurre al argumento de las inconstitucionalidades "sobrevinientes": una norma pudo haber sido constitucional al momento de sancionarse, pero después, por modificación del contexto de vida, o por variación en las creencias sociales, concluye como inconstitucional.¹⁰

⁷ Sobre el recurso extraordinario federal como mecanismo de casación federal, en orden a lograr una interpretación uniforme de la Constitución, derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, op. cit., p. 299.

⁸ Respecto de las inconstitucionalidades evolutivas puede mencionarse en Argentina en particular el caso "Sejean", en el que la Corte cambia el criterio sostenido hasta entonces de constitucionalidad de la prohibición de contraer nuevo matrimonio de haber divorcio vincular, por el de su inconstitucionalidad, al haber variado las creencias sociales sobre el tema. Véase *infra*, nota 79. En similar sentido, más adelante se hará referencia a la jurisprudencia en torno a la validez constitucional de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, a la luz del derecho a la privacidad.

⁹ Los cambios en la Corte Suprema Federal han sido frecuentes por la aparición de gobiernos *de facto*, y también con el posterior retorno a regímenes democráticos o *de jure*. Asimismo, ante variaciones de fuertes cambios políticos en el Poder Ejecutivo y Legislativo (casos de 1989 y 2003, por ejemplo).

¹⁰ Véase al respecto el caso "Itzcovich", CSJN, *Fallos*, 328:566.

Finalmente, un hecho igualmente curioso se da con las que hemos denominado "inconstitucionalidades relativas": un mismo precepto legal, por ejemplo, efectivizado sobre relaciones jurídicas similares, puede causar agravio constitucional a un litigante en determinado momento, pero no en otro.¹¹ En tales supuestos, la norma en cuestión colisiona —o no— con la Constitución, según los periodos o situaciones a los que se la aplique.

C. Sentencias atípicas

También la Corte Suprema argentina ha instrumentado sentencias constitucionales "atípicas", en el sentido que no siempre calzan dentro de la anterior categoría de fallos "admisorios" o "desestimatorios" de planteos de inconstitucionalidad de normas.

Mencionaremos algunas clases de estos veredictos.

a. *Sentencias "interpretativas"*. Aplicando la doctrina de la interpretación de normas subconstitucionales "conforme" o "de acuerdo" con la Constitución, la Corte Suprema varias veces, y desde décadas atrás, ha condenado como inconstitucionales a las *interpretaciones* dadas a ciertos preceptos, pero no al precepto en sí mismo. La directriz es que, de admitir una regla jurídica una interpretación acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, debe preferirse a la primera. Ello implica proponer (y exigir) al operador jurídico, una interpretación "armonizante" o adaptadora entre la regla inferior (ley, decreto, resolución, entre otras), y la superior (la Constitución).¹²

¹¹ Derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa, 2017, pp. 261 y ss.

¹² Sobre el tema de las interpretaciones inconstitucionales de normas subconstitucionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, op. cit., t. II, p. 54. En tal sentido, cabe recordar como antecedentes los Fallos, de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en "Giacumelli c. Provincia de Santa Fe", CSJN, Fallos, 186:353, cuando alertó que una ley puede ser declarada inconstitucional no tan sólo por lo que es en sí, sino por la interpretación con que ha sido aplicada; la sentencia

Cabe alertar, eso sí, que la Corte Suprema argentina no usa la distinción operante de otras latitudes (España, *v. gr.*), entre "enunciado" o "disposición" jurídica y las "normas" posibles de ser incluidas entre los enunciados o las disposiciones, si es que éstos brindan diferentes alternativas de interpretación.¹³ Prefiere hablar de "interpretaciones" —constitucionales o no, según los casos—, de un precepto subconstitucional.

En definitiva, mediante la herramienta de la sentencia "interpretativa", la Corte Suprema califica como constitucional a cierta exégesis concreta de un precepto o disposición, descartando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, lo que deja abierta la posibilidad, mediante el argumento *a contrario sensu*, de reputar inconstitucional otra inteligencia distinta a la aceptada.¹⁴

Ahora bien: ¿cuál es el límite de la sentencia "interpretativa"? En su versión de sentencia adecuada o adaptativa, ¿hasta cuánto puede encontrar variables interpretativas dentro de una "disposición"? Al respecto, podrá decirse que el operador dispone de un amplio margen de maniobra para *interpretar*, pero no para *inventar* variables interpretativas que no existan.

"Meier", del 17/12/42 (*Libro de sentencias*, t., 63, p. 347), donde habla de la "la inconstitucionalidad de la interpretación de leyes comunes o locales"; y los veredictos vertidos en CSJN, *Fallos*, 102:379, 123:313, 124:395, citados en "Giacumelli", CSJN, *Fallos*, 186:353. En el primero de éstos, repetido en los demás, la Corte advierte que le corresponde "únicamente decidir si tal interpretación (de la ley), se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales [...]". Véase sobre el tema, a quienes seguimos como fuente, Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Nerva, 1962, pp. 168 y ss., con formulaciones críticas sobre este tipo de sentencias. Por el contrario, aprobando la doctrina de las sentencias que destruyen interpretaciones inconstitucionales de normas, pero no a éstas, Strohm, Erick, "Sentencias inconstitucionales", *Jurisprudencia Argentina*, 1954-III-12, sec. Doctrina.

¹³ Véase Sánchez y Sánchez, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2005, p. 162. Años atrás se había anticipado que una cláusula normativa que admitiese varias interpretaciones, por ejemplo, tres, no era en rigor de verdad "una" norma, sino "tres", y que el operador judicial debía optar por una de ellas, desechando a las demás. *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴ Así, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en "Oroz y Baretta" (*Fallos*, 312:483), declaró constitucional al artículo 87 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, siempre que se entendiere que la limitación de las facultades del particular damnificado para interponer recursos extraordinarios locales que contiene, sea obviada cuando estén involucradas en las mismas cuestiones federales.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, no sin acierto, ha puntualizado que la tarea de armonización de la norma inferior con la Constitución debe practicarse sin violentar la letra o el espíritu de la norma subconstitucional interpretada.¹⁵ El operador del caso, no por hacer coincidir un precepto-disposición con la Constitución, está autorizado para retorcerlo, desfigurarlo o estrujarlo para hacer salir de él una receta interpretativa que decididamente no tenga. Por ello, si aquel precepto no cobija una interpretación posible del mismo acorde con la Constitución, no habrá otro remedio que reputarlo inconstitucional.

b. Sentencias manipulativas. En la sentencia "manipulativa" (bien aclarado que este término no conlleva aquí sentido negativo o peyorativo), el operador judicial no encuentra una solución ya preexistente en las normas que hace funcionar, sino que elabora una respuesta nueva, agregándole, quitándole o sustituyendo algo al precepto en juego, fundamentalmente para hacer cumplir a la Constitución o para conciliarlo con ella.

i. Un caso de sentencia manipulativa *aditiva* o *sumatoria* con enormes proyecciones económicas ha sido la dictada en el caso "Massa", concierne al tema de la "pesificación" dispuesta por una maraña de leyes, decretos de necesidad y urgencia y decretos reglamentarios, respecto de depósitos bancarios originalmente pactados en dólares. La Corte Suprema entendió que ese "bloque normativo de emergencia" no violaba al derecho de propiedad reconocido por la Constitución, pero siempre que asegurase la conversión de un peso con cuarenta centavos por cada dólar, con más de una cifra proveniente del CER (coeficiente de estabilización de referencia), y un interés anual de 4%, no capitalizable. De hecho, ello importó un agregado establecido judicialmente, a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad del referido "bloque normativo".¹⁶

¹⁵ Por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso "Outón", *Fallos*, 308:647. Nos hemos referido más extensamente al tema en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

¹⁶ *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, "La decisión de la Corte Suprema argentina sobre pesificación de depósitos bancarios en dólares, desde la perspectiva procesal constitucional", *El Derecho*, Buenos

ii. A la inversa, un supuesto de sentencia manipulativa *sustractiva* fue la emitida por la Corte Suprema de Justicia en "Ekmekdjian c/ Sofovich", en relación con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta (réplica). Al respecto, el Pacto de San José de Costa Rica determina en su artículo 14 que tal derecho se ejerce "en las condiciones que establezca la ley". Sin embargo, la Corte entendió que la inexistencia de ley no impedía que se practicara la réplica, por ejemplo, a través de una sentencia judicial.¹⁷ En definitiva, la Corte eliminó un requisito previsto por el Pacto.

iii. El caso "Vizzoti" es una muestra de sentencia manipulativa mixta, por sustracción-adición, vale decir, *sustitutiva*. En la misma se debatía la constitucionalidad de un tope o límite establecido por ley, respecto de las indemnizaciones por despido. La Corte entendió inconstitucional ese límite, y estableció discrecionalmente cuál debía ser la base correcta que cabía aplicar para graduar la reparación: la mejor remuneración mensual normal y habitual del último año, o del tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con una reducción que no podría superar el 30%.¹⁸

b) *Sentencias exhortativas*. También llamadas "apelativas", "con aviso" o "de encargo", asumen distintas modalidades. En términos generales, en ellas el órgano de la jurisdicción constitucional encomienda al legislador el dictado de una nueva norma en reemplazo de la actual, reputada inconstitucional o de dudosa constitucionalidad. No frecuentes en el derecho argentino, emergen sin embargo a partir del año 2005 y se consolidaron más allá de los cambios de composición del Tribunal.

Aires, t. 221, 2007, pp. 913-9. En cuanto el caso "Massa", ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007, Fallos, 329:5913.

¹⁷ Cfr. CSJN, Fallos, 315:1492. La Corte Suprema argentina, en verdad, siguió en esta operación sustractiva el criterio anterior expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva. Otra interpretación mutativa por sustracción fue realizada por la Corte Suprema, con relación a la acción de amparo, al obviar para ejercitar tal acción el requisito exigido por el artículo 43 de la Constitución Nacional, respecto de las asociaciones, de estar registradas conforme a una ley que debía determinar los requisitos y las formas de su organización: véase por ejemplo CSJN, "Asociación de Grandes Usuarios", A. 95. XXX. ORI, sentencia de fecha 22 de abril de 1997, La Ley, 1997-C-322. En ese supuesto, lo reducido o sustraído fue una regla de la Constitución.

¹⁸ CSJN, Fallos, 327:3677.

Tal vez el caso que implicó una génesis de la proliferación de este tipo de pronunciamientos ha sido "Verbitsky", referido a un *habeas corpus* colectivo de tipo "correctivo", en el que se procuró solucionar el problema del hacinamiento y pésima atención a personas privadas de su libertad en comisarías y cárceles de la Provincia de Buenos Aires. Al resolver la acción, la Corte advirtió que las leyes procesales penales de esa provincia en materia de detención provisoria, de excarcelaciones y de trato a los presos, no parecían ser constitucionales, en el sentido que colisionaban con reglas de la Constitución Federal y con normas de tratados internacionales, algunos de ellos con rango constitucional a tenor del artículo 75, inciso 22, de la referida Constitución.¹⁹ En resumen, el pronunciamiento incluyó un rosario de instrucciones e indicaciones a diversos estamentos:²⁰ Poder Legislativo, Corte Suprema local, entre otros. La decisión implicó la adopción de un remedio "estructural" con proyecciones marcadas en la política penitenciaria. Entre las mandas, pueden señalarse especialmente dos: se instruyó a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional y se "exhortó" a las autoridades de la referida provincia a dictar nuevas leyes de conformidad con las normas superiores mencionadas. Ello se hizo sin declarar inconstitucionales a las normas provin-

¹⁹ CSJN, *Fallos*, 328:1146. La Corte Suprema advirtió que uno de cada cuatro detenidos era preso sin condena, y que cohabitaban menores con mayores, enfermos con sanos, muchas veces en simples comisarías y en condiciones inhumanas.

²⁰ La parte resolutive del pronunciamiento en estudio establece los siguientes puntos: (i) dispone que la Suprema Corte de Buenos Aires haga cesar en sesenta (60) días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos y que el Poder Ejecutivo de dicha provincia cada sesenta (60) días informe a la Corte Suprema las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos; (ii) ordena que el mencionado Poder Ejecutivo remita informe a los jueces en el que consten las condiciones en que se cumpla la detención; (iii) encomienda al mismo la convocatoria de una mesa de diálogo con el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), las ONG que son *amicus curiae* y la sociedad civil, quienes deben presentar un informe cada sesenta (60) días; (iv) instruye a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional; (v) exhorta a los Poderes Legislativos y Poder Ejecutivo de la Provincia que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales.

ciales sospechadas de inconstitucionalidad, que padecerían, por lo visto, de lo que hemos denominado una suerte de "constitucionalidad endeble" o "precaria".

Varios lustros después, la Corte Suprema debió nuevamente enfrentarse al tema, al cuestionarse si la causa se encontraba o no concluida. El Máximo Tribunal revocó la decisión de la Corte estadual que había considerado agotado el tema. El fundamento de la Corte Nacional fue que no habían recibido plena concretización la tutela de derechos anteriormente decidida.²¹ Resulta sumamente interesante el estudio que realiza el Juez Rosatti en su voto, al distinguir la dimensión funcional de la institucional de la sentencia, y brindar una perspectiva del tema a la luz de las exigencias técnicas de los procesos estructurales, en particular, la noción de *litis contestatio* dinámica y litigio policéntrico. Podría sostenerse que, en esta causa, como las siguientes, el tribunal adopta decisiones aditivas en el plano procesal, al dar dimensión estructural a procesos donde se ventilan violaciones generalizadas y sistemáticas de derecho, a pesar de que en el orden legislativo argentino no se han regulado los procesos colectivos como éstos, ni los procesos estructurales.

A lo largo de los últimos años pueden encontrarse otros ejemplos de sentencias exhortativas, relativas a diversos ámbitos del derecho.

i. Exhortaciones en el marco de la inconstitucionalidad por omisión en la regulación de aspectos relativos al funcionamiento de órganos judiciales

Otro ejemplo de sentencia exhortativa puede encontrarse en el fallo pronunciado en "Rosza", en el que se declaró la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación, que dispuso un sistema de nombramiento de jueces federales suplentes o subrogantes que, al entender de la Corte Suprema, violaba la Constitución. Sin

²¹ CSJN, *Fallos*, 344:1102

embargo, el tribunal, contemplando las graves y caóticas consecuencias que derivarían de aplicar drásticamente esa declaración de inconstitucionalidad, estableció también que los actos realizados por los jueces así nombrados serían válidos, y que ellos continuarían en sus cargos hasta que cesaran las razones por las cuales fueron nombrados, o en todo caso por un plazo máximo de un año más, término en el que el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo debían sancionar un sistema de designación de dichos magistrados, compatible con la Constitución, según los lineamientos explicitados por la Corte.²² Esta sentencia exhortativa se enmarca por un lado dentro de las denominadas de "declaración simple de inconstitucionalidad", puesto que no nulificó ni a los nombramientos de los jueces designados inconstitucionalmente, ni a sus actos; y por otro, "exhortativa de delegación", porque estableció un plazo y fijó pautas de contenido a las cuales debían someterse los Poderes Ejecutivo y Legislativo para elaborar la nueva norma.²³

En la causa "Bertuzzi", donde se cuestionaba la validez de traslados de jueces a órganos jurisdiccionales distintos de aquellos para los que habían sido seleccionados, el Tribunal resolvió que toda vez que existen cuestiones relativas a los traslados que no han recibido una adecuada definición normativa corresponde exhortar al Poder Legislativo para que regule esta institución, asumiendo que se trata de un mecanismo de contingencia, transitorio, que no debe ser utilizado como alternativa ni en reemplazo del nombramiento constitucional.²⁴

²² CSJN, caso "Rosza", *Fallos*, 330:2361. Al momento de dictarse el fallo por la Corte Suprema, aproximadamente el 25% de los jueces federales en ejercicio padecía del vicio de designación al que alude la Corte.

²³ Sobre estas modalidades de sentencias exhortativas, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2006, pp. 77 y ss. Otra sentencia exhortativa de la Corte Suprema fue la segunda dictada en el caso "Badaro" (26 de noviembre de 2007), donde vuelve a encomendar al Congreso la sanción de una ley general que contemple adecuadamente la movilidad de las jubilaciones prevista por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Como se verá en el punto siguiente, a partir de allí se dispara una sentencia escalonada o diferida.

²⁴ CSJN, *Fallos*, 343:1457

ii. Exhortaciones a designar funcionarios en órganos de control

Resulta relevante como en diversos pronunciamientos el Tribunal también ha recalcado la omisión de los órganos legislativos en la designación de la persona que debe asumir como Defensor del Pueblo de la Nación, y ha exhortado a su subsanación. Así, en el caso "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo"²⁵ se sostuvo que "El cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios, por lo que, habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos del Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el art. 86 citado".

El criterio fue reiterado en "Mendoza, Beatriz Silvia y otros",²⁶ donde el Tribunal señaló que "en atención a la prolongada vacancia de la institución Defensor del Pueblo de la Nación, dada la relevante función que la Corte atribuyó a dicho órgano y toda vez que su acefalía impide su adecuado funcionamiento, corresponde exhortar a la Cámara de Diputados y al Senado de la Nación, para que en el marco de sus respectivas atribuciones constitucionales, dispongan en el más breve lapso posible, la designación de un nuevo titular de dicha institución y establecer que, entre tanto, el cuerpo colegiado creado por anterior pronunciamiento de la Corte, delibere y adopte sus decisiones por mayoría absoluta".

²⁵ CSJN, Fallos,339:1077

²⁶ CSJN, Fallos, 339:1562.

iii. Exhortaciones para dotar de operatividad a garantías constitucionales

En el caso "Halabi"²⁷, a la par de exigir a los jueces la concretización de las acciones de clase, se exige al legislador su previsión normativa. Sostuvo el Tribunal "Frente a la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —norma que debería determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo definir a la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos—, existiendo una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular".

iv. Exhortaciones para garantizar el sistema federal argentino

En numerosos casos vemos que el recurso de la sentencia exhortativa ha sido utilizado en el marco de procesos que, en los hechos, constituyen control de inconstitucionalidad por omisión. Más allá que dicho proceso constitucional no se encuentra previsto como un mecanismo legislado en el orden nacional argentino (por lo que su instrumentación, de por sí, implica una decisión "aditiva"), ha sido aplicado reiteradamente por la Corte para concretar efectivamente mandatos constitucionales relativos al sistema federal que, si bien se habían adoptado por la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, no habían sido satisfechos por el legislador. Así, el Tribunal exhortó en relación con el dictado de la ley de coparticipación

²⁷ CSJN, *Fallos*, 332:111, año 2009.

pación federal,²⁸ y el traspaso de potestades a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de garantizar su nuevo estado "su generis", consagrado por el Constituyente.²⁹

Un interesante ejemplo de exhortación en el marco del sistema federal, lo adoptó el Tribunal en ejercicio de su competencia dirimente (artículo 127 de la CN) en una causa relativa al Río Atuel. En los dos pronunciamientos nuevos dictados sobre el tema (2017 y 2020),³⁰ el Tribunal expuso que optó por reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados durante el primer estadio de decisión —a fin de aportar elementos que permitieran llegar a una solución dirimente del conflicto— adoptando una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión, de tal manera de favorecer y garantizar, pero no interferir, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto. Ahora bien, en el segundo de ellos aclaró que al persistir las posiciones controvertidas no quedaba otro remedio a esa Corte, en ejercicio de su jurisdicción dirimente prevista en el artículo 127 de la Constitución Nacional, que determinar el cami-

²⁸ CSJN, "Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad". *Fallos*, 338:1356 (año 2015) y CSJ 191/2009(45-S)/CS1 "San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos", entre muchos otros.

²⁹ Un ejemplo puede encontrarse en el voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda en la causa "Corrales" (CSJN, *Fallos*, 338:477), en la que se consideró que "Resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional." Enfatizando esta línea, v.gr. CSJN, "Bazán", 2019, *Fallos*, 342:509, donde la Corte concluyó que tras un cuarto de siglo de "inmovilismo" en la concreción de un mandato constitucional y desoída la exhortación efectuada en la causa "Corrales", la Corte Suprema ejercerá una de las atribuciones que le confiere el Decreto-Ley 1285/58 a la luz del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena y establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad. El tema fue retomado nuevamente en el caso "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba" (CSJN, *Fallos*, 342:533), donde el Tribunal señaló que, para no afectar la continuidad de su proceso de institucionalización, la Ciudad de Buenos Aires debe generar un autogobierno entendido como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad, pero también debe contar con la misma posibilidad que tienen las provincias de contar con un tribunal imparcial para dirimir las controversias que pudiera tener con ellas.

³⁰ CSJN, "Provincia de La Pampa c/ Mendoza", *Fallos*, 340:1695 2017 y 343:603, 2020.

no a seguir, y así fijó un caudal mínimo de agua y ordenó a las provincias involucradas que, junto con el Estado Nacional, determinen en la órbita de la C.I.A.I. las acciones u obras de infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente fijado.

Similar criterio se adoptó en el caso "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo —derivación de aguas—", donde se señaló que "sin perjuicio de que Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la Laguna La Picasa (CICLP) es el ámbito adecuado para que las partes diriman los conflictos y busquen soluciones a las inundaciones recurrentes que afectan a la cuenca, corresponde exhortar a las provincias y el Estado Nacional a fortalecer institucionalmente el esquema de constitución y funcionamiento de dicha Comisión Interjurisdiccional, así como adoptar planes de gestión integral de la cuenca y de contingencia frente a inundaciones, a realizar obras de infraestructura necesarias y a que se amplíen las bases de efectiva actuación conjunta en materia de control y fiscalización y clausura de canales clandestinos o irregulares, para avanzar en la solución definitiva de esta problemática de interés general, con base en los principios de solidaridad, cooperación y subsidiariedad (artículo 4o., Ley 25.675)".³¹

Las exhortaciones también se refirieron específicamente a materias estatales. Por ejemplo, en la causa "Asoc. Personal Municipal Las Colonias c/ Federación Sindicato Trabajadores Municipales, Festram y otros s/ acción de amparo" en el marco de una acción de amparo iniciada por la Asociación del Personal Municipal del Departamento Las Colonias contra la Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de Santa Fe y el Ministerio de Trabajo de esa provincia, con el objeto de que se declare la invalidez constitucional del acta paritaria que impuso a los trabajadores afiliados a la actora un aporte solidario en beneficio de dicha federación, dispuso que correspondía exhortar a las autoridades de la Provincia de

³¹ CSJN, *Fallos*, 342:2136.

Santa Fe a dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento del mandato que emerge del artículo 123 de la Constitución Nacional, es decir, concretar la autonomía municipal en dicha provincia.³²

v. Exhortaciones múltiples

En varios casos, la exhortación reviste tal magnitud, que no refiere a un órgano o departamento exclusivo, sino que tiene proyecciones que podrían definirse como sistémicas.

Un ejemplo histórico puede encontrarse en la causa "Camps",³³ donde el Juez Petracchi, vocal de la Corte Suprema, en disidencia, sostuvo que "[e]s un deber de la Corte, al tiempo de consolidar la decisión legal adoptada mediante la Ley 23.521, exhortar a los otros poderes del Estado a promover las medidas complementarias que configuren un nuevo marco de relaciones entre civiles y militares que impliquen la modernización de las fuerzas armadas, afirmando su pertenencia al sistema democrático y su sujeción a las normas constitucionales. Sólo por este camino, que la mera amnistía no demarca suficientemente, podrán los argentinos intentar realizar el sueño tantas veces postergado de los fundadores de la República, que tan claramente expresa nuestra Constitución Nacional".

En un pronunciamiento dictado en el caso "F. A. L."³⁴ se resolvió exhortar a las autoridades públicas nacionales, provinciales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. Esta sentencia registra un total de al menos doce "exhortaciones".

³² CSJN, *Fallos*, 343:1389.

³³ CSJN, *Fallos*, 310:1162.

³⁴ CSJN, *Fallos*, 335:197.

A su vez, en la causa "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional y Poder Judicial de la Nación)"³⁵ se resolvió exhortar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación, a colaborar para que se tomen las medidas necesarias para la solución definitiva del problema suscitado por el cierre de los edificios donde funcionaban dependencias del Poder Judicial.

vi. Exhortaciones a órganos judiciales

En algunos casos, la Corte ha exhortado a jueces específicos,³⁶ requiriéndoles el respeto del debido proceso, o del derecho a la justicia pronta,³⁷ o a evitar vicios procesales.³⁸

Asimismo, en particular en casos relativos a sujetos de tutela constitucional preferente (específicamente niños, niñas y adolescentes) ha exhortado a órganos específicos a adoptar una conducta tuitiva.³⁹

Un conjunto de pronunciamientos resulta especialmente interesante, porque en ellos el Máximo Tribunal argentino ha exhortado a los jueces en general, o específicamente a los superiores tribunales de provincia, a seguir determinada doctrina constitucional por él establecida.⁴⁰ El tema toma especial relevancia a la luz de las pautas jurisprudenciales en torno a la vinculatoriedad de los precedentes, como se verá más adelante.

c) Sentencias escalonadas. Otra modalidad que ha ensayado recientemente la Corte Suprema ha sido programar, cuando resuelve ciertos casos trascendentes, un binomio de fallos. En el primero, sienta ciertas directrices

³⁵ CSJN, *Fallos*, 316:2016.

³⁶ Véase el desarrollo más particularizado realizado en Sagüés, María Sofía, "La jurisdicción dialógica en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", *op. cit.*, puntos b.1, b.2 y b.3.

³⁷ CSJN, *Fallos*, 320:2729.

³⁸ CSJN, *Fallos*, 339:906.

³⁹ CSJN, *Fallos*, 339:1534.

⁴⁰ Véase el desarrollo más particularizado realizado en Sagüés, María Sofía, "La jurisdicción dialógica en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", *op. cit.*, puntos b.4 y b.5

a las que debe someterse el condenado. Se prevé también un segundo veredicto, donde evaluará el cumplimiento de la directriz determinada en el primer pronunciamiento

Así, en "Badaro", la Corte entendió que el sistema de ajuste de haberes jubilatorios dispuesto por el Estado no respetaba el principio de movilidad previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Pero en lugar de determinar ella misma a cuánto debía ascender la actualización monetaria del caso, para el caso singular discutido en ese expediente, encomendó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, a quienes corresponde en principio dictar las normas pertinentes, a que lo hicieran —de modo general— en un plazo razonable. Para resolver de ese modo, la Corte invocó las siguientes razones: (i) trascendencia de las cuestiones planteadas; (ii) las actuales condiciones económicas, que demandan una evaluación cuidadosa; (iii) la necesidad de adoptar "medidas de alcance general y armónicas", por la complejidad del gasto público y las necesidades a satisfacer.⁴¹ El fallo incluyó la mención de una futura segunda sentencia, que calificó como diferida, después del informe que debía brindar la demandada (agencia estatal de seguridad social) sobre el aumento que tenía que otorgarse al jubilado.

El caso "Badaro" ha motivado diversas críticas. Por un lado, hay quienes vieron en él una suerte de evasión dilatoria de la Corte, al no resolver en concreto y puntualmente cuál era la cifra que debía cobrar. Desde otra perspectiva, sin embargo, se lo visualizó como una sentencia prudente y previsoras, que procuraba moderar los efectos de un control de constitucionalidad *inter partes*, con soluciones que podían ser dispares según los distintos juzgados que resolvieran cada petición de cada uno de los miles de jubilados que se encontraban en situación similar que el actor Badaro. La Corte, en definitiva, buscó una solución global y la encomendó a quienes, según la Constitución, deben actualizar los haberes jubilatorios

⁴¹ CSJN, Fallos, 329:3089, sentencia de fecha 8 de agosto de 2006.

(en primer lugar, el legislador), quienes debían suministrar una respuesta que tuviese en cuenta los intereses y derechos de los jubilados con las posibilidades presupuestarias y las políticas generales del Estado.

De hecho, a fines de 2007, el 26 de noviembre, la Corte dictó la segunda sentencia —"diferida"—, y ordenó actualizar en concreto los haberes provisionales del actor Badaro, con el mecanismo de variaciones salariales elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, al reputar insuficiente el aumento global de jubilaciones dispuesto por el Poder Ejecutivo y el Legislativo.⁴²

También en 2007 (sentencia del 5 de septiembre) la Corte Suprema ha dictado una suerte de sentencia escalonada en "Editorial Río Negro c. Provincia de Neuquén", al disponer (ante un amparo donde se discutía la distribución discrecional de publicidad oficial en los medios de difusión), que el gobierno demandado debía presentar en el plazo de treinta días un esquema de asignación futura de dicha propaganda, alternativa que implica, al menos tácitamente, un segundo fallo donde se evalúe el acierto de dicho plan.⁴³

D. Efectos de las sentencias constitucionales.

Posición inicial

Como en el caso norteamericano, la Constitución argentina de 1853/60 nada estableció sobre la facultad judicial de control de constitucionalidad de normas, y menos sobre los efectos de las sentencias del caso. Solamente la reforma de 1994 contempló, para la acción de amparo, que "en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". El resto del sistema es producto del derecho consuetudinario constitucional, elaborado preferentemente por la Corte Suprema.

⁴² CSJN, *Fallos*, 330:4866, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007.

⁴³ CSJN, *Fallos*, 330:3908 y *Jurisprudencia Argentina* 2007-IV-462, con nota de Néstor P. Sagüés: *Problemas constitucionales por la distribución de la publicidad oficial en los medios de difusión*.

En el régimen argentino de control de constitucionalidad, lo resuelto por un tribunal común o por la Corte Suprema, tiene, en principio, resultados solamente *inter partes*, esto es, para el caso concreto. Cada órgano tribunalicio es independiente de los demás en esa tarea de evaluación de constitucionalidad. Por ello, si una ley, v. gr., es declarada por alguien inconstitucional, "no tiene efecto derogatorio genérico",⁴⁴ y solamente produce su inaplicación en el expediente donde así se decidió. A su turno, si la norma fue reputada constitucional, nada impide que otro tribunal, o el mismo, cambie de criterio y la descalifique como inconstitucional en otra sentencia.

La Corte Suprema ha alabado en su momento ese sistema de efectos singulares del control de constitucionalidad, de tipo concreto y no abstracto, porque lo contrario "importaría entorpecer la acción independiente de los otros departamentos del gobierno".⁴⁵

Por lo expuesto, además:

- a. una decisión sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, no se extiende al caso de otras normas análogas.⁴⁶
- b. un pronunciamiento de inconstitucionalidad, aún emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se proyecta a leyes o hechos futuros, ni implica una prohibición al legislador.⁴⁷
- c. la norma reputada por la Corte como inconstitucional, se continúa aplicando en los casos en que no haya sido judicialmente objetada.⁴⁸

⁴⁴ CSJN, *Jurisprudencia Argentina*, 1991-I-273.

⁴⁵ CSJN, *Fallos*, 139:65.

⁴⁶ CSJN, *Fallos*, 253:253.

⁴⁷ CSJN, *Fallos*, 247:325.

⁴⁸ CSJN, *La Ley*, t. 72 p. 724. Sin embargo, a partir de 2001 la Corte Suprema ha aceptado la declaración de inconstitucionalidad de oficio por el juez, circunstancia que habilitaría la inaplicación de una regla reputada por el magistrado como opuesta a la Constitución, incluso, sin pedido de parte. Véase CSJN, *Fallos*, 324:3219, caso "Mill de Pereyra".

- d. si un tribunal declara inconstitucional una parte de una norma, el resto de ella se efectiviza, incluso en el mismo proceso, cuando conserva unidad orgánica y puede seguir rigiendo con abstracción de lo alcanzado por el tramo que se declara inconstitucional.⁴⁹
- e. la declaración de inconstitucionalidad de un precepto implica que el juez debe decidir la *litis* prescindiendo de él, o sea, *como si el mismo no existiera*,⁵⁰ por lo que tiene, lógicamente y como regla, efectos retroactivos.⁵¹

E. Mutaciones, avatares y contradicciones⁵²

El panorama descrito registró —en parte— varios cambios jurisprudenciales que en última instancia llevan a producir un efecto vinculante, aunque condicionado, de los fallos de la Corte Suprema, generando significativas reglas de derecho procesal constitucional consuetudinario.

- a) *doctrina del sometimiento simple*. En los autos "Magdalena Rivera c. Vicente García Aguilera" (1870), un juez federal de primera instancia sostuvo que los juzgados federales "deben ajustar sus procedimientos y resoluciones, a las decisiones de la Suprema Corte que en casos análogos dicte, haciendo jurisprudencia". La Corte confirmó esa sentencia "por sus fundamentos".⁵³ De hecho,

⁴⁹ CSJN, Fallos, 214:177.

⁵⁰ CSJN, Fallos, 202:184, 264:364.

⁵¹ Véase sin embargo *infra*, parágrafo 8.

⁵² El presente tramo se fundamenta en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, op. cit., pp. 276 a 282, bien que con modificaciones. Para un desarrollo más extenso, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, op. cit., pp. 184 y ss. Recomendamos en particular la lectura de Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2a. ed., Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, pp. 351 y ss., y de Legarre, Santiago y Rivera, Julio C. (h), "La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores", *Jurisprudencia Argentina* 2006-IV-1333; Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 2016, *passim*, y Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 2, núm. 1.2, 1997, pp. 52 y ss.

⁵³ CSJN, Fallos, 9:53.

esta tesis importaba lisa y llanamente aceptar en Argentina el sistema anglosajón del *stare decisis* o *del valor del precedente*. Y de vez en cuando, la Corte reitera tal postura, al indicar, por ejemplo, que el sistema judicial se fundamenta en "la autoridad institucional de los fallos de esta Corte en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y el consecuente deber de someterse a sus precedentes".⁵⁴

- b) *Doctrina del seguimiento condicionado como deber moral*. Años más tarde, en la causa "Bernardo Pastorino, capitán de la barca Nuevo Principio c. Rouillón, Marini y Compañía", la Corte puntualizó que sus veredictos deciden solamente el caso concreto "y no obligan legalmente sino en él", pero añadió que "hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos a los fallos de aquel Alto Tribunal". Fundó su conclusión "principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho".⁵⁵ Aquí se diseña, también con factura jurisprudencial, una versión más moderada del *stare decisis*: la doctrina del precedente rige como deber *moral*, y es factible apartarse de ese precedente si el juez inferior entiende claramente que no es jurídicamente correcto. Las bases de esta construcción son dos: el *argumento aristocrático* (los fallos de la Corte son mejores que los provenientes de otros tribunales) y el *argumento de la economía procesal* (evitar el desgaste que significaría apartarse del criterio de la Corte, para suscitar así recursos que a la postre revocarían a la resolución rebelde).⁵⁶

⁵⁴ CSJN, *Fallos*, 315:2392, considerando 7o.

⁵⁵ CSJN, *Fallos*, 315:2392, considerando 7o.

⁵⁶ CSJN, *Fallos*, 212:59

- c) *Doctrina del seguimiento condicionado como deber institucional.* En el caso "Santín, Jacinto", la Corte dio otra vuelta de tuerca para afirmar su superioridad. Después de sostener que "es incuestionable" que los jueces tienen libertad de juicio para pronunciar sus veredictos, alertó que esa facultad debía compatibilizarse con el carácter definitivo de los fallos de la Corte Suprema, y "ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia —susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales— el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida". El Tribunal concluyó que apartarse de la jurisprudencia de la Corte, mencionándola, pero sin controvertir sus fundamentos, significa desconocimiento deliberado de aquella autoridad y apercibió a los jueces que así habían actuado.⁵⁷
- d) *Situación actual.* En "Cerámica San Lorenzo",⁵⁸ por ejemplo, se consolida la línea de "Santín, Jacinto": los jueces inferiores deben aplicar las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema, y carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas, "sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete de supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia".

En "P.L.B". el Alto Tribunal aclara que la doctrina predicha se funda en la "autoridad del tribunal", y lo es sin perjuicio del juez inferior de no seguir los lineamientos de la Corte, pero "fundándose en razones no examinadas o no resueltas" por ella. Dicho de otro modo, el juez podrá apartarse, pero no "sin justificación expresa" ("Petrovic"), y con "nuevos" fundamentos ("Adriazola"), distintos a los ya evaluados por la Corte.⁵⁹ Y ello ocurre tanto respecto de la doctrina sentada por la Corte en temas

⁵⁷ CSJN, *Fallos*, 212:59.

⁵⁸ CSJN, *La Ley*, 1986-A-178.

⁵⁹ CSJN, "P.L.B.", *El Derecho*, 136-453; "Petrovic", *Fallos*, 325:1227; "Adriazola", *Fallos*, 324:3764.

de derecho federal como de derecho común (civil, penal, laboral, etc.).⁶⁰ Si la sentencia del juez inferior desconoce la doctrina judicial de la Corte sin dar motivos nuevos y valederos para no seguirla, padece del vicio de arbitrariedad y podrá impugnarse a su turno por el recurso extraordinario federal (en tal sentido, véase el dictamen del Procurador General en "Ferreyra", sentencia del 21 de marzo de 2006).⁶¹ Es muy frecuente que la Corte, cuando enuncia su superioridad, no diferencia las áreas del derecho a donde prevalece.

Cabe advertir al lector que ocasionalmente, la Corte ha sido autocontradictoria, por ejemplo, cuando ha dicho que "la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones",⁶² tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte. Algo similar ocurre cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales, en materia de derecho público local, o cuando explica que la tacha de arbitrariedad no se configura por la circunstancia de haberse apartado el tribunal *a quo* de la doctrina establecida por la Corte Suprema en otros casos y por vía distinta a la intentada.⁶³

Como se ha señalado anteriormente, en varios pronunciamientos el Máximo Tribunal argentino ha recurrido a una técnica específica para enfatizar la vinculatoriedad de sus decisiones, mediante la exhortación a los jueces a aplicar los estándares por ella señalados. Ello podía estar

⁶⁰ CSJN, "Encinas", *Fallos*, 321:2294.

⁶¹ CSJN, "Jurisprudencia Argentina", 2006-II-210.

⁶² CSJN, "Ferrocarril del Sud", *Fallos*, 131:109, 263:255.

⁶³ CSJN, *Fallos*, 304:1459. Véase también *Fallos*, 306:1452, y 307:1264; Sodero, Eduardo R., "Sobre la responsabilidad científica del juez", en Santiago, Alfonso (h), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, t. II, p. 520, nota 240.

dirigido a un juez en particular, o a los jueces en general. Así, en la causa "Arroyo, Alberto Agustín c/ GlassSer"⁶⁴ se expuso que "cabe a la Corte exhortar a los integrantes de una cámara de apelaciones que extremen el cuidado necesario en el ejercicio de su función, a fin de evitar la reiteración de decisiones que incurran en una equivocación inconcebible dentro de una racional administración de justicia, constitutiva de negación de derechos constitucionales".⁶⁵

En el fallo "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus"⁶⁶ que se ha analizado en los títulos anteriores, se había señalado que "Corresponde instruir a la

⁶⁴ Fallos, 315:804.

⁶⁵ Esta herramienta fue aplicada por diversos votos particulares. Por ejemplo, puede encontrarse en la posición de Nazareno en "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional" (Fallos, 326:417), donde expresó que "corresponde exhortar a los jueces competentes para que al disponer la ejecución de sus decisiones, cautelares o definitivas, adecuen sus pronunciamientos relacionados con el "corralito financiero" y la "pesificación" de los depósitos a lo resuelto por la Corte Suprema en esta causa, así como a lo decidido en un pronunciamiento anterior, con particular referencia a la inadmisibilidad de peticiones anticipadas". A su vez, en "Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo" (327:4495), el Juez Fayt, en disidencia, entendió que correspondía exhortar a los jueces de grado para que hagan uso de todas las facultades que las leyes procesales les acuerdan para acercar las posturas de las partes y buscar fórmulas de ejecución respetuosas de las particularidades de cada caso (artículo 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y podrán, asimismo, disponer el cumplimiento íntegro de la obligación cuando existan razones humanitarias y, de no existir estos motivos, y a los fines de conceder plazos razonables para el cumplimiento, habrán de considerar, especialmente, la situación personal de los ahorristas, el monto del depósito, la protección cautelar que hubieran obtenido en etapas anteriores del proceso y la conducta del demandado para cumplir de modo cabal y de buena fe la obligación impuesta por la sentencia. En la causa "Centro de estudios para la promoción de la igualdad y la solidaridad y otros (Cipes)", el voto del Juez Rosatti se orienta en esta técnica, al referir a "Recordar a los tribunales federales y nacionales al riguroso cumplimiento de la acordada 32/2014 de esta Corte Suprema de Justicia y oportunamente de la acordada 12/2016". Expuso que la trascendencia institucional que exhibe el conflicto a que han dado lugar las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, generando una litigación de características excepcionales, exige de la Corte una rápida decisión que deje en claro —ante la sociedad, ante las diversas autoridades de la Nación y ante el resto de los tribunales— las reglas constitucionales que constituyen las vigas maestras para la resolución de esta clase de procesos, poniendo en ejercicio la jurisdicción que ha calificado como la más alta y eminente, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (artículo 108 de la CN). Se reitera en el considerando 38 que la autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, Fallos, 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; "Martínez Vergara, Jorge Edgardo", Fallos, 331:162; y "Arte Radiotelevisivo Argentino", Fallos, 337:47), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores.

⁶⁶ CSJN, Fallos, 328:1146.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal". Por el contrario, en dicho fallo el Juez Fayt formuló una aclaración en su voto, al expresar que "la decisión del Tribunal no tiene la pretensión de obligar a los tribunales locales a resolver todas las cuestiones particulares que se encuentran involucradas dadas las dificultades y las particularidades que puede asumir cada caso, sin embargo, es su deber instruirlos para que —dentro de sus respectivas competencias— comprometan sus esfuerzos para lograr el cabal cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad y, particularmente, en lo que hace a la tutela de su vida humana e integridad física".

A su vez, en "F. A. L.", se resolvió recurrir a esta fórmula de manera sumamente genérica, ya que el Tribunal dispuso "Exhortar al Poder Judicial Nacional y a los Poderes Judiciales provinciales y de la ciudad autónoma a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente".⁶⁷

En el precedente Halabi⁶⁸ vemos nuevamente la exhortación a respetar el estándar dictado por el Tribunal. Así, explica la Corte que "Frente a la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —norma que debería determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo definir a la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos—,

⁶⁷ CSJN, *Fallos*, 335:197.

⁶⁸ CSJN, *Fallos*, 332:111.

existiendo una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular".

En algunos casos, esta exhortación se concentra en un tribunal en particular, al enfatizar la exigencia de seguir una doctrina constitucional específica. Ya en el precedente "Espíndola",⁶⁹ y en otros dictados con posterioridad,⁷⁰ la Corte había entrado en un diálogo con su referente (la Corte Suprema local) en la Provincia de Buenos Aires, adoptando una visión global de algunas afectaciones a la justicia en categorías de procesos. Por ejemplo, el Tribunal señaló que corresponde reiterar la preocupación en orden al problema referido a la excesiva duración de los trámites recursivos en el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, exhortar nuevamente a la Suprema Corte de Justicia de dicha provincia, en su calidad de máxima autoridad del Poder Judicial provincial —y, por su intermedio, a los órganos que corresponda para que adopte, con carácter de urgente, medidas conducentes a hacer cesar la problemática descrita.

A fines de 2019, en el caso "Farina, Haydée Susana", la Corte Suprema ha insistido en la vinculatoriedad atenuada de sus pronunciamientos, invocando una serie de razones: ser intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, y de "intérprete final de la ley en la República Argentina", su responsabilidad institucional como titular del Departamento Judicial del gobierno federal, la tranquilidad pública, paz social y estabilidad de las instituciones, los principios de igualdad y de seguridad que imponen evitar sentencias contradictorias, y motivos de celeridad y economía procesal, para evitar dispendios inútiles de actividad jurisdiccional. El Tribunal destacó que su doctrina

⁶⁹ CSJN, *Fallos*, 342:584.

⁷⁰ CSJN, *Fallos*, 344:378.

era especialmente exigente cuando estuvieren en juego derechos y garantías constitucionales, y circunstancias de gravedad institucional. Incluso, enseñó que la desobediencia a sus lineamientos justificaba condenar los fallos rebeldes por arbitrariedad, y que, si eso se repetía, correspondía que la Corte reafirmara su tesis y adoptase medidas concretas de sometimiento, como hizo en tal expediente respecto de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Por lo demás, en *Farina*, la Corte tuvo la virtud de precisar puntualmente cuál era la doctrina que fijaba como obligatoria, actitud más que justificada por la seguridad jurídica y por cierto digna de aplauso.⁷¹

En el mismo fallo "Farina", considerando 18, la Corte Suprema destacó que el deber de seguimiento de la interpretación constitucional fijada por ella, rige para "casos sustancialmente análogos", o "similares", remitiéndose al respecto a sus sentencias anteriores obrantes en la colección de *Fallos del Tribunal* (tomos 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699 y 321:2294), circunstancia que podría abrir una válvula de escape si lo decidido en uno o más casos anteriores lo fue en un contexto fáctico o jurídico sustancialmente distinto al de nuevo proceso donde debería proyectarse su doctrina precedente. Tal exigencia de similitud básica es posible que genere, entonces, otras hipótesis de apartamiento, a más de las tradicionales de aportar nuevos y valederos argumentos del juez inferior para actuar con independencia de lo señalado por la Corte.

El fallo implica reconocer en el Máximo Tribunal argentino la potestad de indicar, en algunos casos que él estime pertinente, la vinculatoriedad calificada de una doctrina. Ello se asemeja a alguna potestad de creación de "precedente constitucional" que se encuentra prevista en algunos países, como Perú, por lo que se postula su denominación como "precedente constitucional criollo".⁷²

⁷¹ CSJN, Fallos, 342:2344. Sagüés, Néstor Pedro, "Un tema recurrente: el efecto expansivo de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *La Ley*, 2020-C.

⁷² Nos remitimos, en torno al punto, a Sagüés, María Sofía, "El precedente constitucional criollo", en *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, en prensa.

En definitiva, después de una larga y no siempre uniforme ni clara trayectoria, puede reputarse vigente hoy, y más allá de su acierto o error, una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema, que impone a los tribunales inferiores a ella el deber *jurídico* de seguir sus criterios, más allá de los casos donde fueron expuestos, y en todos los escenarios (derecho federal o común o local). Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que (i) lo haga de modo expreso; (ii) dé fundamentos que sean a) valederos y b) diferentes a los ya examinados por la Corte; (iii) o el nuevo caso no sea sustancialmente análogo o similar a aquél donde la Corte sentó precedente.

De hecho, esta regla importa una interpretación mutativa por adición al texto constitucional, que suma a las competencias de la Corte Suprema enunciadas inicialmente en la Constitución, la que aquí se consigna, cuya legitimidad, hoy día, se fundamenta en razones parecidas al *stare decisis* estadounidense: igualdad, previsibilidad y economía. Son estos valores muy prácticos que la sociedad contemporánea cotiza significativamente, y que consolidan al peculiar *stare decisis* argentino, que, como su par norteamericano, aunque no de modo idéntico, recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver. En efecto, el juez argentino que debe decidir un acuse de inconstitucionalidad a una ley, si el tema fue ya definido por la Corte Suprema, carece de la libertad de decisión que tiene si el asunto no fue evaluado por la Corte. En los puntos resueltos por ésta, de hecho, se perfila un control cuasi concentrado, y menos difuso.⁷³

Lo dicho conduce a otras posibles conclusiones. Una, que cuando la Corte Suprema está señalando una interpretación-precedente, está de hecho

⁷³ Véase, en tal sentido, Sagüés, María Sofía, "Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancia del dato sociológico en el análisis jurisprudencial", en *Proceso y Constitución. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 2, 2004, p. 225.

sentando una norma de derecho positivo que debe ser aplicada por los jueces inferiores (aunque con las salvedades que hemos indicado). La segunda es que después que la Corte Suprema reputa inconstitucional una ley, la misma no queda derogada, pero sí, de algún modo, "bloqueada" (puesto que el resto de los jueces del país debería, aun de oficio, inaplicarla), con lo que su grado de vigencia está profundamente averiado.⁷⁴ Al mismo tiempo, si una ley es declarada constitucional por la Corte, ella resulta automáticamente "blindada" (en el sentido que los jueces restantes no podrían invalidarla como inconstitucional). Todo ello, insistimos, dentro del escenario de posibles salvedades al seguimiento de la doctrina del Máximo Tribunal, que ya hemos puntualizado.

Por último, cabe tener presente que el legislador alguna vez ha dispuesto que los jueces inferiores deben seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema en asuntos análogos (así lo hizo el artículo 19 de la Ley 24.463, en materia provisional, aunque tal precepto se encuentra hoy derogado por la Ley 26.025).

F. La Corte Suprema y el seguimiento de sus propios precedentes

Corresponde ahora detenerse en el respeto, por la Corte Suprema, de sus propios antecedentes. Recientemente el Tribunal ha enfatizado la vinculatoriedad horizontal de sus precedentes, al señalar "La Corte, como intérprete suprema de la Constitución Nacional, debe tener especial celo en no modificar injustificadamente su propia jurisprudencia, porque en ella se aloja el último reservorio de respuestas ajustadas al derecho vigente y la confianza de la comunidad de que al actuar conforme a ellas no habrá de sufrir recriminaciones jurídicas".⁷⁵

⁷⁴ Sagüés, Néstor Pedro, "Normas subconstitucionales relativamente bloqueadas y blindadas en un régimen difuso de control judicial de constitucionalidad", en González Mantilla, Gorki (coord.), *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor a Roberto Romboli*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2021, pp. 481-496.

⁷⁵ CSJN, "Bertuzzi", *Fallos*, 343:1457.

El criterio había sido anteriormente presentado en "Provincia de San Luis c. Cía. de electricidad de los Andes", ella señaló que "si bien es cierto que la autoridad de los precedentes judiciales no es siempre decisiva, también lo es que, si las circunstancias del caso no revelan claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriores, haciendo ineludible un cambio de criterio respecto de la cuestión jurídica decidida, corresponde aplicar la doctrina de los mencionados antecedentes".⁷⁶ En "Sieburger c. INTA", agregará que, si la sentencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas.⁷⁷ El *stare decisis* "criollo" parece pues obligar también a la misma Corte, con dos excepciones: a) que el cambio fuera "ineludible" (versión más rígida); y b) que se suministraren nuevos argumentos para la mutación (versión más flexible).

Sin embargo, la Corte, cuando varía de criterio, no siempre explica debidamente el porqué del cambio. En "Sejean", por ejemplo,⁷⁸ dio un audaz paso en adelante al reputar inconstitucional una regla de la ley de matrimonio civil que impedía a los divorciados contraer nuevo matrimonio. La Corte hizo una larga serie de explicaciones a favor de su postura, y de una interpretación dinámica (y quizá mutativa) de la Constitución, aludió a otros cambios operados por el Tribunal (por ejemplo, en materia de indexación), pero no se detuvo detenidamente en precedentes que, como "Firpo",⁷⁹ avalaban la constitucionalidad de la prohibición que ahora se removía.

En honor del Tribunal cabe reconocer que en otras sentencias asumió expresamente la actitud de cambio, mencionó los precedentes que se abandonaban y la tesis que se reimplantaba o afirmaba como nueva. Así, por ejemplo, en "Montalvo",⁸⁰ (donde vuelve a declarar constitucional el

⁷⁶ CSJN, *Fallos*, 183:409, 192:414, 212:327.

⁷⁷ CSJN, *La Ley*, tomo 151, p. 239, "El Derecho", tomo 65, p.159.

⁷⁸ CSJN, *Fallos*, 308:2268.

⁷⁹ CSJN, *Fallos*, 306:928.

⁸⁰ CSJN, *Fallos*, 313:1333. La Corte vuelve aquí a retomar la tesis de "Colavini": *Fallos*, 300:254.

castigo penal por la mera tenencia de estupefacientes, dejando de lado la doctrina de "Bazterrica" y "Capalbo").⁸¹ Finalmente, en "Arriola",⁸² fallo dictado en el año 2009, la Corte declaró la inconstitucionalidad de tal castigo cuando se verificaban determinadas situaciones específicas, mediante un pronunciamiento en el que, por ejemplo, uno de los magistrados (el Juez Carlos Fayt), explica el cambio del criterio con base en considerar que sus argumentos de política criminal sostenidos en el fallo anterior estaban equivocados a la luz de nuevos estudios desarrollados en el orden internacional.

En otros supuestos, cuando es abandonado un criterio adoptado en su momento por un voto mayoritario y contradicho por otro minoritario, la Corte explica algunas veces la mutación remitiéndose a los fundamentos del anterior voto minoritario (ahora mayoritario, en el nuevo pronunciamiento). Tal fue el caso "Bustos",⁸³ donde la Corte sustituye la doctrina precedente de "Provincia de San Luis",⁸⁴ aunque parte de los jueces de la Corte no dudan de calificar como "funesto" otro fallo que también se abandonaba.⁸⁵ El muy importante tema en danza estribaba en la pesificación de depósitos bancarios originariamente pactados en dólares, sistema que en definitiva quedó (en esos autos, y al menos en parte) convalidado por la Corte.

En 2006, en el caso "B., A. D. contra Provincia de Buenos Aires", la Corte hizo un reexamen de la situación. Como regla, advirtió, es bueno que ella siga sus anteriores precedentes, "a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía para la conducta de los individuos", y cita al respecto el caso registrado en *Fallos*, 248:115. Pero alerta que tal regla no es absoluta ni rígida, y que no impide mutar de criterio, "pues los

⁸¹ CSJN, *Fallos*, 308:1392.

⁸² CSJN, *Fallos*, 332:1963.

⁸³ CSJN, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-IV-257.

⁸⁴ CSJN, *Fallos*, 326:417.

⁸⁵ La sentencia precedente al fin calificada como "funesta" por los jueces Belluscio y Maqueda en *Bustos*, es la dictada en el caso "Smith" (CSJN, *Fallos*, 325:28).

tribunales no son omniscientes" y deben aprovechar de la experiencia y del error, del ensayo y de la reflexión. Para producir el cambio, continúa el Tribunal, deben darse algunos de estos supuestos: a) "causas suficientemente graves" que provoquen ineludiblemente la transformación de su jurisprudencia; y b) o que "medien razones de justicia", entre las que se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo del precedente, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o los cambios históricos, cuando éstos aconsejan abandonar el criterio establecido.⁸⁶ Como puede apreciarse, es todo un vademécum de pautas para justificar el abandono de sus precedentes, cuya auto observancia no resulta entonces sagrada ni mucho menos.

Pocos meses después de la sentencia mencionada, en "Gramajo" (fallo del 5/9/2006)⁸⁷ la Corte Suprema abandonó explícitamente (considerando 30) la doctrina anterior que ella tenía —caso "Sosa"⁸⁸ en materia de la constitucionalidad de la imposición de la sanción de reclusión a los multireincidentes. La Corte fundó largamente el porqué de su nuevo criterio, opuesto a la constitucionalidad de la referida pena de reclusión por tiempo indeterminado, pero no atacó de modo expreso y puntual las bases del precedente que se removía, dictado escasos años atrás.

En 2017, en el sonado caso "Schiffrin" (*Fallos*, 340:257), la Corte Suprema cambió su anterior jurisprudencia sentada en "Fayt", en relación con un tema que calificó, con acierto, de gravedad institucional: el control, por parte de los tribunales, de lo resuelto por la asamblea constituyente nacional de 1994. La Corte destacó que sus precedentes debían ser seguidos y respetados, específicamente por razones de seguridad jurídica, salvo que exista una situación excepcional que justifique su abandono; y que, para operar esa mutación, debía desplegar una carga argumentativa debidamente fundada. En la especie, explicó detalladamente que el anterior

⁸⁶ CSJN, B., A. D. *contra Provincia de Buenos Aires*, en *Jurisprudencia Argentina* 2006-II-92.

⁸⁷ CSJN, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-I-529.

⁸⁸ CSJN, *Fallos*, 324:2153.

fallo "Fayt" no había respetado el principio de deferencia hacia lo resuelto por la asamblea reformadora, que además encarnaba la voluntad del pueblo; y que lo decidido por dicha convención, se encontraba dentro de las pautas de su convocatoria (Ley 24.309). Hemos compartido esta última conclusión, más allá del interrogante sociológico respecto de si la asamblea era o no, en los hechos, portadora de la voluntad popular.

En conclusión, la Corte admite que su precedente lo autoobliga, aunque consiente también que excepcionalmente pueda apartarse y removerlo, pero mediante una operación argumentativa seria y concluyente (entendemos que con un *plus* superior al discurso ordinario en materia de fundamentación de resoluciones judiciales). La tesis, prudentemente aplicada, es atractiva.

G. Evasión y sometimiento de los tribunales inferiores

La actitud de los órganos tribunalicios inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sean nacionales o provinciales), frente a las directrices sentadas por ella, ha sido dispar. Naturalmente, no estamos hablando del respeto y obediencia a una sentencia de la Corte en el propio expediente donde se emitió, caso en que solamente corresponde su "leal acatamiento", como gusta decir aquélla, sino al seguimiento de la doctrina sentada por el Tribunal, en otros casos similares al que cabe decidir.

- a) Algunas veces hay actitud de obediencia, en función —por ejemplo— de la "jerarquía y prestigio del Alto Tribunal."⁸⁹
- b) En otras ocasiones se pregona una suerte de sometimiento *parcial*: habrá de seguirse a la Corte Suprema en temas de derecho federal, pronunciados en virtud del recurso extraordinario federal, pero

⁸⁹ Por ejemplo, Cámara de Apelación del Trabajo de Rosario, sala II, *Jurisprudencia Argentina, nueva serie*, tomo 13-1972-617.

- no en asuntos de derecho "común" (civil, comercial, penal, laboral), sobre los cuales muchas veces la Corte Suprema se expide en instancia originaria y exclusiva. Estos asuntos, en principio, son de competencia de las jurisdicciones ordinarias provinciales, a tenor del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.⁹⁰
- c) De vez en cuando se habla del sometimiento "moral" a las sentencias de la Corte Suprema, pero no "legal" (en los hechos, ello parece entenderse como un seguimiento más tenue y en definitiva no coercitivo).⁹¹
 - d) Ciertas sentencias exigen, para obedecer a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ella sea *reiterada*.⁹²
 - e) En una postura igualmente exigente, algunos tribunales demandan que el fallo de la Corte Suprema con efectos expansivos sea dictado por unanimidad. Si no tiene tal cualidad, disminuye su peso jurídico.⁹³
 - f) Determinadas sentencias subrayan el carácter condicionado al sometimiento de las directrices judiciales de la Corte, y autorizan la discrepancia dando fundamentos y cuando las circunstancias revelen el error o la inconveniencia palmaria del criterio establecido.⁹⁴
 - g) A su turno, una colección de fallos se inclina por el no acatamiento a las doctrinas sentadas por la Corte Suprema Federal, salvo desde luego que el órgano tribunalicio del caso, voluntariamente, las comparta.⁹⁵

En términos generales, la sumisión de los tribunales inferiores tiende a acentuarse en la actualidad, tal vez por la insistencia de la Corte Suprema

⁹⁰ Véase por ejemplo Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, en pleno, *Juris*, tomo 60 p. 190; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *El Derecho*, t. 59, p. 259, *La Ley*, 1975-A-736.

⁹¹ Cámara Nacional Federal en lo contencioso administrativo, Sala I, *La Ley*, t. 151, p. 394.

⁹² Cámara Nacional Federal en lo contencioso administrativo, Sala I, *La Ley* 1975-B-565.

⁹³ Cámara Nacional Civil en pleno, *La Ley* 1986-E-240.

⁹⁴ Cámara Nacional Federal en lo contencioso administrativo, sala II, *La Ley* 1975-A-240.

⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *La Ley* 1976-A-435. Posteriormente, esta doctrina ha sufrido mutaciones en el seno de este tribunal.

nacional en el valor de las doctrinas judiciales que enuncia, tal vez por razones de conveniencia y de simplificación del trabajo en decidir, por parte de los jueces inferiores, a como ya lo ha hecho la Corte Federal.

H. El factor tiempo

Apuntamos precedentemente (véase parágrafo 4, *in fine*), que la lógica del sistema difuso o desconcentrado, con efectos para el caso concreto, lleva a otorgar —como regla— efectos retroactivos a la declaración de inconstitucionalidad.

No obstante, la Corte Suprema ha delineado excepciones, producto igualmente de su propio activismo. Cuando lo resuelto tiene efectos expansivos, acercándose a resultados *erga omnes*, algunas veces modera el criterio anterior, de aplicación *ex tunc*, disponiendo que lo resuelto rija —de algún modo— para el futuro, *ex nunc*. Un antecedente interesante puede encontrarse en la causa "Monges", donde en el año 1996 el Tribunal resolvió que "La autoridad de la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Universidad de Buenos Aires, por la que se había dejado sin efecto la resolución de la Facultad de Medicina que creó el curso preuniversitario de ingreso, *rige para el futuro*, y cada estudiante puede proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado: curso preuniversitario de ingreso o ciclo básico común".⁹⁶

En sentido similar, en "Itzcovich", al declarar inconstitucional el recurso ordinario de apelación ante la propia Corte dispuesto por el párrafo primero del artículo 19 de la Ley 24.463, siguiendo a otros antecedentes, resolvió que "las causas en que haya sido notificada la sentencia de Cámara (de Apelaciones) con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su tránsito con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone".⁹⁷

⁹⁶ CSJN, *Fallos*, 319:3148, énfasis agregado.

⁹⁷ CSJN, "Itzcovich", *Jurisprudencia Argentina* 2005-II-723, considerando 31. La sentencia menciona como antecedentes a "Tellez", CSJN, *Fallos*, 308:552, y "Barry", CSJN, *Fallos*, 319:2151.

A su turno, en "Rosza", la Corte Suprema difirió la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, a un año después del fallo, por las consecuencias caóticas que podría provocar la inmediata aplicación de una declaración de inconstitucionalidad, dentro del sistema judicial argentino. Se trata de un fallo con efectos diferidos, donde el Tribunal realiza una drástica aplicación de la doctrina de la interpretación previsoras de la Constitución, vale decir, medidora de las consecuencias y verificadora de los resultados de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.⁹⁸

Un criterio similar se aplicó en el precedente "Bertuzzi", en el que se analizaba la validez constitucional de los traslados de jueces (designados mediante el procedimiento constitucional para integrar un tribunal, pero que luego fueron asignados a otro órgano). Citando el fallo "Rosza", anteriormente referido, el Tribunal enfatizó que "Corresponde declarar que la autoridad institucional del fallo que se dicta en la causa no privará de validez a los actos procesales cumplidos por los jueces trasladados hasta el momento de la designación definitiva de los magistrados titulares de esos cargos."⁹⁹

El 16 de diciembre de 2021, la Corte Suprema emitió un muy importante fallo, en la causa "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires". Por un lado, declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 26.080, reglamentaria del Consejo Nacional de la Magistratura, en particular, sobre su integración. Por otro lado, dispuso exhortar (resolución II) al Congreso de la Nación, para que "en un plazo razonable" dictase una nueva ley en reemplazo de la mencionada norma. También, por evidentes razones de seguridad jurídica, estableció que "conservarán su validez los actos cumplidos por el consejo de la Magistratura", en los términos que fija el fallo (resolución V), pese a su conformación inconstitucional.

⁹⁸ CSJN, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III-414. Sobre la "interpretación previsoras" de la Constitución derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, op. cit., pp. 107 y ss.

⁹⁹ CSJN, *Fallos*, 343:1457.

Pero, además, ordenó al Consejo de la Magistratura que, en el plazo de ciento veinte días corridos desde la notificación de la sentencia, "disponga lo necesario para la integración del órgano, en los términos de los arts. 2o. y 10 de la Ley 24.937 (texto según la Ley 24.939)". Cabe advertir que esta ley había sido derogada por la 26.080, reputada ahora (parcialmente, como advertimos) inconstitucional por la Corte Suprema, y que por decisión de la mayoría del Alto Tribunal resultó restablecida, en este fallo, parcialmente en su vigencia. Tal decisión de resurrección de una norma abolida (la 24.937) por otra calificada actualmente como inconstitucional, sustentada por la mayoría del Alto Tribunal en el precedente "Rizzo", implicó uno de los puntos más llamativos y controvertidos del pronunciamiento, que asimismo aclaró que si no se completaba en el plazo indicado la integración aludida del Consejo, los actos que dictare serán nulos (resolución III). Todo ello promueve reflexiones sobre la quizá inevitable actividad nomogénica de un tribunal con roles de vigilancia constitucional, en aras de emitir pronunciamientos realmente efectivos y operativamente adaptados a las singularidades del caso a resolver. Importa, desde luego, un robusto control de constitucionalidad y la activa adopción de medidas de implementación de corte novedoso y no tradicional, que adquieren legitimidad cuando resultan razonables y eficaces desde la perspectiva del bien común.

I. Los efectos de las sentencias de los tribunales provinciales

Normalmente, en las provincias se repite el panorama de control judicial de constitucionalidad difuso y para el caso concreto, *inter partes*.

Existen, sin embargo, varias excepciones.

- a) Ocasionalmente, algunas pocas Constituciones provinciales confieren efectos expansivos a las sentencias de sus Cortes Supremas locales en materia de interpretación de la Constitución y de las leyes y normas como decretos, ordenanzas, reglamentos, etc., declarándolas "de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores" (así,

- el artículo 143 de la Constitución de La Rioja, *v. gr.* En sentido similar, el artículo 209 de la Constitución de San Juan).
- b) En otras provincias, ese efecto expansivo se dispone por vía de ley, como ha ocurrido en Río Negro, en algunos aspectos. Ello genera dudas sobre la constitucionalidad de tal dispositivo legal, porque podría entenderse que lesiona la facultad de los jueces, aparentemente derivada de la Constitución, de fallar con independencia de criterio, como nota distintiva del régimen difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad.
 - c) En determinadas provincias, existe una tendencia jurisprudencial, de las propias Cortes Supremas locales, de asumir por sí solas tal facultad, sin norma constitucional o legal habilitante. Entendemos que tal situación es inconstitucional. No porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo haya hecho para sus fallos, consumando una discutible exégesis mutativa de la Constitución, por su condición de intérprete final de ella, cabe concluir que las Cortes Supremas provinciales están habilitadas para, por su propia voluntad, realizar lo mismo en su ámbito doméstico.
 - d) Otra ruta es la prevista, *v. gr.*, por el artículo 11 de la Constitución de la Provincia de San Juan. Cuando una norma es declarada inconstitucional por su Corte de Justicia, tal decisión "debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente", lo que importa identificar a estos fallos como una especie de sentencias exhortativas.

Como puede advertirse, existen múltiples modalidades de efectos del control de constitucionalidad en el ámbito provincial, conformándose así regímenes llamados "atípicos", explicables en un sistema político federal donde reina el principio de legitimidad de la variedad.

J. Recapitulación. Conclusiones

En el orden nacional, el control de constitucionalidad, heredado del sistema norteamericano, ha evolucionado primero al admitir, aparte de las sentencias clásicas, admisorias o desestimatorias del planteo de inconstitucionalidad, fallos atípicos del tipo de las sentencias interpretativas, manipulativas (aditivas, sustractivas, sustitutivas), exhortativas y escalonadas.

En numerosos casos, la adopción de este tipo de decisiones ha implicado abrir el espacio a variables de jurisdicción dialógica,¹⁰⁰ generalmente en el marco de un diálogo entre poderes del Estado, con base en el principio de colaboración sin interferencias.¹⁰¹ Asimismo, ha implicado la adopción a partir de estos pronunciamientos de herramientas propias de modelos concentrados o mixtos (control de inconstitucionalidad por omisión, sentencias con efectos derogatorios, etc.), lo que podría llegar a perfilar una hibridación del sistema de control de constitucionalidad en el marco del accionar de la Corte Suprema.

Acerca del efecto de las sentencias constitucionales, el esquema constitucional originario fue, dentro de los marcos de un régimen difuso o desconcentrado, con resultados *inter partes*. Sin embargo, y por su propia decisión, y más allá del texto constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado un derecho consuetudinario procesal constitucional donde sus veredictos tienen efectos expansivos, *erga omnes*, con cierto parentesco con el *stare decisis* estadounidense, en el sentido que la doctrina que ella fije debe ser obedecida por los demás tribunales inferiores del país, nacionales o provinciales. No obstante, ellos pueden excepcionalmente apartarse de aquellos lineamientos, siempre

¹⁰⁰ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", 344:3636; Sagüés, Néstor Pedro, "Sobre la reviviscencia judicial de las leyes", en *La Ley*, Buenos Aires, 11/5/22, p. 1.

¹⁰¹ Véase, en torno a este punto a Sagüés, María Sofía, "La jurisdicción dialógica en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", *op. cit.*

que lo hagan de modo expreso, con fundamentos valederos, y también distintos a los ya meritados por la Corte Suprema.

El éxito de la tesis del efecto vinculante, aunque no absoluto, de las pautas que fija la Corte Suprema, se explica básicamente por razones de igualdad de trato, y de seguridad o previsibilidad, por parte del mercado forense, y de la sociedad toda.

A su turno, la misma Corte se obliga a continuar con sus precedentes, aunque admite salvedades (razones de justicia, evolución del contexto fáctico, lecciones de la experiencia, doctrina anterior equivocada). Sin embargo, no siempre el Tribunal es claro cuando abandona una posición por otra, y no en todos los casos da motivos suficientes para explicar el cambio.

Por su parte, los tribunales inferiores han sido muchas veces reacios a obedecer las directrices de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habiendo elaborado varias excusas para evadirse. Actualmente, sin embargo, la dosis de seguimiento es bastante alta.

En función del tiempo, de ordinario, las sentencias sobre inconstitucionalidad cuentan con aplicación retroactiva, pero también existen salvedades, en particular cuando tienen fuertes efectos expansivos, caso en el que se justifica una prudente interpretación previsor de lo resuelto, mediante fallos que han modulado los tiempos de su aplicación.¹⁰²

En definitiva, rige aquí un fluctuante y flexible derecho consuetudinario que registra cerca de un siglo y medio de mutaciones, no siempre coherentes ni consolidadas.

En la esfera del derecho constitucional provincial, hay múltiples modalidades en cuanto a los efectos de las sentencias constitucionales. En varias

provincias y en ciertos casos los veredictos de sus Cortes Supremas o Tribunales Superiores tienen efectos expansivos, ya derogatorios, ya suspensivos, de las reglas reputadas inconstitucionales. En algunos supuestos, el resultado *inter partes* o *erga omnes* depende de que el Poder Legislativo local ratifique o no a la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema provincial.

K. Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", en *Organización Política y Económica de la Confederación Argentina*, Besanzón, s.e., 1856.

Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Ábaco, t. I, 2002.

Garay, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, año 2, núm.1-2, 1997.

Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., *El recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Nerva, 1962.

Legarre, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 2016.

Legarre, Santiago y Rivera, Julio C. (h), "La obligatoriedad de los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores", en *Jurisprudencia Argentina* 2006-IV-1333.

Sagüés, María Sofía, "La jurisdicción dialógica en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina", *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, suplemento especial núm. 8, 25 de agosto de 2021.

_____, "Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancia del dato sociológico en el análisis jurisprudencial", *Proceso y Constitución. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2004.

_____, "Nomogenética y diálogo institucional en la Corte Suprema de la Nación Argentina", *Jurisprudencia Argentina*, t. 2010-III, pp. 1345 a 1359.

Sagüés, Néstor Pedro, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 12, 2008, pp. 333-356.

_____, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2006.

_____, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4a. ed., 2a. reimp., Buenos Aires, Ed. Astrea, 2013.

_____, "La decisión de la Corte Suprema argentina sobre pesificación de depósitos bancarios en dólares, desde la perspectiva procesal constitucional", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 221, 2007, pp. 913-919.

_____, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007.

_____, "Normas subconstitucionales relativamente bloqueadas y blindadas en un régimen difuso de control judicial de constitucionalidad", en González Mantilla, Gorki (coord.), *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor a Roberto Romboli*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2021.

_____, "Problemas constitucionales por la distribución de la publicidad oficial en los medios de difusión", *Jurisprudencia Argentina*, 2007-IV-462.

_____, *Un tema recurrente: el efecto expansivo de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *La Ley*, 2020-C.

Sánchez y Sánchez, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2005.

Santiago, Alfonso (h), (director), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

Strohm, Erick, "Sentencias inconstitucionales", *Jurisprudencia Argentina*, 1954-III-12, sec. Doctrina.

6. Las sentencias de inconstitucionalidad en Bolivia y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

Alan E. Vargas Lima*

* Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional — Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS — Bolivia), y del Consejo Consultivo de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN — Bolivia). Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO: A. El nuevo modelo de control plural de constitucionalidad en Bolivia. Desarrollo jurisprudencial. B. Configuración normativa del órgano encargado del control plural de constitucionalidad. C. Las dimensiones y alcances del control normativo que debe realizar el Tribunal Constitucional Plurinacional. D. Control normativo de constitucionalidad de las disposiciones legales. E. La Acción de Inconstitucionalidad prevista en la Constitución boliviana. F Condiciones de procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad. G. La fundamentación entre la norma impugnada de inconstitucional y los preceptos constitucionales vulnerados. H. Sobre el ejercicio del control normativo de constitucionalidad con relación a normas cuestionadas de inconstitucionalidad abrogadas o derogadas que mantienen efectos jurídicos. I. Características del control de constitucionalidad normativo a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta y la cosa juzgada constitucional. J. La falta de fundamentación jurídico constitucional que determine cómo la norma demandada de inconstitucionalidad vulnera preceptos constitucionales. K. Clases de Inconstitucionalidad en las Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional. L. La fuerza vinculante de la Jurisprudencia Constitucional. M. Conclusiones.

A. El nuevo modelo de control plural de constitucionalidad en Bolivia. Desarrollo jurisprudencial¹

Debemos comenzar precisando que una revisión de las reformas y modificaciones del sistema constitucional de nuestro país, en cuanto se refiere al sistema de control de constitucionalidad, permite afirmar que el Estado boliviano en su desarrollo histórico-legislativo adoptó los diferentes modelos que se conocen en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional.

Así en un primer momento de su vida republicana (1826—1861), bajo la influencia del liberalismo francés, configuró un *modelo político de control*

¹ Este acápite se encuentra desarrollado en el libro de mi autoría: Vargas Lima, Alan, *La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional. Bases del modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*, Cochabamba, Bolivia, Editorial Kipus/Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2017.

de constitucionalidad a través de un Consejo de Estado; en una segunda etapa (1861—1994), adoptó el modelo americano, es decir, *el sistema jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad* a través de la Corte Suprema de Justicia; en la tercera etapa (1994—2009), adoptó el *sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad* con la atribución exclusiva del control a un órgano especializado proveniente del modelo europeo, que fue denominado Tribunal Constitucional; y finalmente, en la cuarta etapa (2009 hacia adelante), se ha configurado constitucionalmente un *sistema predominantemente concentrado y plural de constitucionalidad en Bolivia*, según lo ha precisado la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de la interpretación de las normas establecidas por la Constitución aprobada en el año 2009.

En este sentido, y acerca del control plural de constitucionalidad diseñado en la Constitución Política del Estado aprobada en el año 2009, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el reconocimiento transversal de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos abarca también al campo jurídico, pues existe un reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario que deriva del reconocimiento constitucional de la igual jerarquía de la jurisdicción indígena originaria campesina con la ordinaria (artículo 179.II de la CPE) y del sistema jurídico ordinario con el sistema indígena originario campesino. Entonces, el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario parte de un dato real: la coexistencia dentro del territorio boliviano de diferentes sistemas jurídicos, que tienen sus propias normas, instituciones, autoridades encargadas de administrar justicia y procedimientos para la resolución de sus conflictos, que tiene como base valores, principios y lógicas distintas a la occidental.

La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al artículo 179 de la CPE, forma parte del Órgano Judicial y hace efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (artículo 30.II.5 de la CPE) y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción

ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina y tampoco ésta de aquélla; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, de tal forma que las autoridades pueden solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (artículo 192 de la CPE).

No obstante lo señalado, la jurisdicción indígena originaria campesina, al igual que las demás jurisdicciones, se encuentra limitada por el respeto de los derechos fundamentales a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidas por la Norma Fundamental (artículo 190.II de la CPE), que debe añadirse, además, a los derechos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conforme a ello, la Constitución Política del Estado, sobre la base del carácter plurinacional del Estado y del *principio de interculturalidad*, ha diseñado la justicia constitucional a través del Tribunal Constitucional Plurinacional, como la institución encargada de ejercer el control constitucional sobre la actividad de todas las jurisdicciones y, en general, sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se entable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia: el ordinario y el indígena originario campesino.

En ese ámbito, el *pluralismo jurídico* cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); así como el *principio de unidad* de la función judicial (artículo 179 de la CPE), por el cual todas las jurisdicciones tienen como denominador común el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales, y la obediencia a la Constitución Política del Estado, cuya unidad se encuentra en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como

de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades están vinculados a la interpretación efectuada por este órgano.

En ese sentido, debe señalarse que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; pero además debe considerarse que la Ley Fundamental fue el resultado de un proceso dialógico en el que intervinieron los diferentes sectores de la población boliviana y, claro está, también las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que tuvieron un rol protagónico para la consolidación del Estado Plurinacional.

Conforme a ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad de manera plural en tres dimensiones:

- 1) *Control del respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales o ámbito tutelar*: A través de éste se verifica si las autoridades, funcionarios públicos o particulares amenazaron con lesionar o lesionaron los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Este control comprende a las *acciones de defensa*: de libertad, de amparo constitucional, de protección a la privacidad, de cumplimiento y popular. También se encuentra dentro de este ámbito de control el *recurso contra resoluciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional*, que afecten a uno o más derechos; sin embargo, en

este caso el recurso se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

- 2) *Control de competencias*: Dentro de este ámbito de protección, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá: a) Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; b) Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre éstas; c) El recurso directo de nulidad; y, d) Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.
- 3) *Control normativo de constitucionalidad*: Por el cual se verifican las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas con las disposiciones constitucionales y de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. El control normativo de constitucionalidad es ejercido a través de diferentes acciones: una de ellas es la *acción de inconstitucionalidad*, que puede asumir la forma abstracta o concreta (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0300/2012, de fecha 18 de junio).²

² En el año 2009, con la aprobación de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, se ha configurado un sistema de control *concentrado y plural* de constitucionalidad, que básicamente se refleja en la nueva composición del TCP, que ahora está integrado por Magistrados y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Asimismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0300/2012, de 18 de junio, ha precisado: "(...) que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Estas facultades fueron introducidas en la actual Constitución Política del Estado, en mérito al reconocimiento expreso a los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, a la igualdad jerárquica de sistemas jurídicos y jurisdicciones; pero además debe considerarse que la Ley Fundamental fue el resultado de un proceso dialógico en el que intervinieron los diferentes sectores de la población boliviana y, claro está, también las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que tuvieron un rol protagónico para la consolidación del Estado Plurinacional. (...)". Asimismo, un breve ensayo que desarrolla la fundamentación doctrinal de este tema, con una breve referencia a la evolución histórica del control de constitucionalidad en Bolivia, así como a los principales antecedentes de la creación del Tribunal Constitucional en el país, para luego examinar la configuración actual del sistema de control de constitucionalidad a partir de la Constitución aprobada el año 2009, hasta su más reciente manifestación jurisprudencial, como control de carácter concentrado

Cabe agregar, por otro lado, que las Sentencias Constitucionales Plurinacionales N°1227/2012 y N°2143/2012, entre otras, establecieron con claridad que el Estado Plurinacional de Bolivia adoptó a partir de la aprobación de la Constitución Política del Estado del año 2009 un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad.

En efecto, de manera detallada, la Sentencia Constitucional Plurinacional N°2143/2012, de 8 de noviembre, para establecer el sistema de control de constitucionalidad imperante, desarrolló las características tanto del sistema de control político de constitucionalidad como del sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad. El citado entendimiento señaló que, a partir de la reforma constitucional de 1994, Bolivia adoptó un sistema preeminentemente concentrado de control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional, el cual ejerció roles preventivos y reparadores de control de constitucionalidad, cuyo ejercicio fue desarrollado orgánica y competencialmente por la anterior Ley N°1836 de 1° de abril de 1998, denominada Ley del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional antes aludida precisó también que luego de la "reforma constitucional de 2009"(sic) el Estado Plurinacional de Bolivia adoptó un *sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad*, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus Magistradas y Magistrados con composición plural y electos por sufragio popular.

En el marco de lo señalado, se establece que el control plural de constitucionalidad, cuya máxima instancia está encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, ejerce todos los roles jurisprudenciales disciplinados en la parte orgánica de la Constitución, de manera específica

y de naturaleza plural, distinta de otras formas de control existentes en el Derecho Comparado, puede encontrarse en: Vargas Lima, Alan Elliot, "La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, año 2016, Número 20, pp. 369-404. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.13>».

en el artículo 202.1 de la CPE, concordante con el artículo 196.I de la Norma Suprema; por tanto, al existir una instancia imparcial, independiente y especializada en justicia plural constitucional, se colige que en el Estado Plurinacional de Bolivia impera un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad, instancia a la cual la función constituyente encomendó tanto el cuidado del bloque de constitucionalidad como el resguardo a los derechos fundamentales, en su faceta de derechos individuales o derechos con incidencia colectiva (*Cfr.* Sentencia Constitucional Plurinacional N°0778/2014, de fecha 21 de abril).

B. Configuración normativa del órgano encargado del control plural de constitucionalidad

El sistema jurisdiccional plural de control de constitucionalidad se inspira esencialmente en los postulados del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, como factores de definición del modelo de Estado Plurinacional. En ese marco, y de acuerdo a lo señalado precedentemente, el sistema está diseñado, en un análisis vertical, por tres compartimentos específicos: a) la base del sistema está compuesta por las autoridades jurisdiccionales, las autoridades administrativas, las autoridades de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos y los particulares, quienes son los primeros garantes de la vigencia del bloque de constitucionalidad y los derechos fundamentales; b) el compartimento intermedio que comprende a los jueces y tribunales de garantías constitucionales que conocen y resuelven las acciones tutelares; y, c) el compartimento superior que alberga al último y máximo garante del bloque de constitucionalidad y de los derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En efecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra en la cúspide del Sistema Jurisdiccional Plural de Control de Constitucionalidad, y se configura como el último y máximo garante tanto del bloque de constitucionalidad como de los derechos fundamentales. Sus roles y diseño deben consolidar una materialización no solamente de la Cons-

titución como texto escrito, sino esencialmente de los valores plurales supremos para consolidar así el *Vivir Bien*; pero además, con base en los antecedentes y presupuestos de la refundación del Estado, una de sus tareas consiste en asegurar los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y materializar así el *corpus iure de derechos de los pueblos indígenas* descritos y contextualizados a los ideales y procesos de *restitución, igualación y reconstitución*, todo en el marco de una convivencia armónica y equilibrada al interior de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre estos y en relación a toda la sociedad en su conjunto.

Es importante que este diseño sea analizado con base en un elemento esencial: su *composición plural*, para asegurar así una interpretación que consagre la interculturalidad plural que, en términos de descolonización, se plasmen procesos constitucionales interculturales para una real materialización del bloque de constitucionalidad.

En su configuración normativa, el artículo 196 de la Constitución boliviana aprobada en el año 2009 crea el Tribunal Constitucional Plurinacional, con un rol expresamente descrito, que de acuerdo al mandato emanado de la Asamblea Constituyente consiste en velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales. El artículo 197 de la Constitución disciplina la organización del Tribunal Constitucional Plurinacional y establece que los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Constitucional serán electos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Además, el artículo 198 de la Constitución señala que las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal.

Asimismo, es necesario señalar que de acuerdo con el artículo 199 del texto constitucional, como puntuación adicional para la calificación de méritos de los aspirantes a Magistrados y Magistradas, se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de

justicia. Además, la misma norma establece que los candidatos podrán ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Por su parte, la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional, de fecha 6 de julio de 2010, que regula la estructura y organización del máximo contralor de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia, inicialmente establecía en su artículo 13 numeral 1 que esta instancia estaría conformada por siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes.

Sin embargo, dicha disposición fue modificada posteriormente por la Ley N° 929 de fecha 27 de abril de 2017, en virtud de la cual se ha dispuesto ampliar el número de miembros del TCP, estableciendo expresamente que: "El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado por nueve (9) Magistradas y Magistrados titulares y nueve (9) Magistradas y Magistrados suplentes"; a cuyo efecto, la misma Ley dispone que la Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de cuatro postulantes para cada departamento, en dos listas separadas de mujeres y hombres.

Finalmente, se ha previsto también que: "La Asamblea Legislativa Plurinacional garantizará que el cincuenta por ciento (50%) de las personas preseleccionadas sean mujeres y al menos una persona de origen indígena originario campesino, por auto identificación personal"; de esta manera se modifica el artículo 19 párrafo III de la citada Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional y se privilegia la equidad de género en el acceso a la función judicial.

C. Las dimensiones y alcances del control normativo que debe realizar el Tribunal Constitucional Plurinacional

De acuerdo a su configuración constitucional, es posible deducir que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha sido instituido como el *máximo guardián del Bloque de constitucionalidad y supremo intérprete de la*

*Constitución*³ y, por ello, le han sido asignadas como funciones principales: *velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales*, con lo que se garantiza la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y vigencia plena de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

Precisamente para el cumplimiento eficaz de esas funciones, el artículo 202 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 12 de la Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley del TCP), enumera las competencias específicas atribuidas al Tribunal Constitucional Plurinacional, para que este órgano desarrolle su labor jurisdiccional especializada,⁴ en una triple dimensión: *el control normativo de constitucionalidad, el control competencial (sobre el ejercicio del poder político) y el control tutelar para resguardar la vigencia de los derechos fundamentales*.

³ El Tribunal Constitucional de Bolivia se constituye como el defensor de la Constitución y del régimen democrático, y se encarga de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, así se infiere de las normas previstas por la Ley Fundamental. "Es el máximo guardián de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario, desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o *erga omnes*, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsándola del ordenamiento jurídico del Estado. Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el supremo intérprete de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución. (...)" *Cfr.* Rivera Santivañez, José Antonio, *El Tribunal Constitucional defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*, Sucre, Bolivia, GTZ—PADEP, Unión Europea, AECI, 2007, pp. 58-59.

⁴ Cabe recordar que, según señalaba Hans Kelsen: "No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional—". *Cfr.* Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional* (trad. Rolando Tamayo Salmorán), Cochabamba, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2006.

Ahora bien, respecto a los alcances del control normativo de constitucionalidad,⁵ el anterior Tribunal Constitucional en la SC 0019/2006 de 5 de abril, según el criterio expresado por la SC 0051/2005 de 18 de agosto, precisó que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos:

- a) La verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) La interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control, desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) El desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y, d) La determinación de mantener [o expulsar] las normas de la disposición legal sometida al control.⁶

⁵ Esta línea jurisprudencial acerca de los alcances del control normativo de constitucionalidad en Bolivia tiene su base en lo expuesto con bastante anterioridad por el entonces Magistrado suplente del Tribunal Constitucional, Dr. José Antonio Rivera, en su obra fundamental. *Cfr.* Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Cochabamba, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2001, pp. 160-161.

⁶ En este punto, es necesario resaltar que conforme determinó la parte final del razonamiento jurisprudencial anotado, "en la tramitación de un recurso directo de inconstitucionalidad, este Tribunal Constitucional está obligado a determinar si la norma sometida a juicio de constitucionalidad se mantiene como derecho positivo o no, de lo que se infiere que necesariamente el control de constitucionalidad debe ejercerse sobre normas vigentes, no así sobre normas que perdieron vigencia por haber sido abrogadas, derogadas o porque su vigencia era temporal; así ha sido establecido en aquellos casos en los cuales se sometió a control de constitucionalidad normas derogadas en forma expresa o tácita, así como de disposiciones con vigencia temporal, como en el caso de la SC 0031/2004, de 7 de abril, en la que se expresó la citada doctrina: '(...) el control normativo de constitucionalidad, por la vía del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, se desarrolla sobre una disposición legal vigente, no así sobre una que se encuentra derogada o abrogada, ya que en este último caso se produce la extinción de derecho de la disposición legal, la que deja de tener vida en el ordenamiento jurídico del Estado'. En el mismo sentido se pronunció la SC 0084/2005, de 28 de octubre". (*Cfr.* Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional N° 0023/2006, de 18 de abril). Sin embargo, mediante Autos Constitucionales N° 0052/2012-CA, de 22 de febrero; N° 0220/2012-CA, de 30 de marzo; y N° 0482/2012-CA de 27 de abril, a tiempo de explicar los

De lo referido se concluye que el control de constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control [valoración subjetiva]; lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, [sino que por el contrario] su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas.⁷ (Entendimiento jurisprudencial reiterado por la SCP 0686/2012, de 2 de agosto, entre otras).

alcances del control de constitucionalidad correctivo o posterior, se ha establecido de manera reiterada, que: "éste se lo efectúa con posterioridad a la sanción o promulgación de la disposición legal, con el objeto de determinar si una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial es compatible o incompatible con la Constitución Política del Estado, por lo tanto, su objetivo es salvaguardar su primacía efectuando el saneamiento o depuración de las normas impugnadas que se aparten de lo establecido por la Constitución. Asimismo, se establece que el control normativo de constitucionalidad correctivo o posterior se ejerce sobre las normas vigentes que tengan vida y por lo mismo formen parte del ordenamiento jurídico; sin embargo, excepcionalmente el juicio de constitucionalidad normativo procede contra normas que han sido abrogadas o derogadas y por lo cual no se encuentran vigentes; empero, la condición es que las mismas, todavía producen efectos jurídicos dada su ultra actividad". En resumen, la doctrina y jurisprudencia establecida por el anterior como por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional ha señalado que el control normativo de constitucionalidad por vía de acción de inconstitucionalidad abstracta debe efectuarse sobre disposiciones legales vigentes y no así respecto a las que han sido derogadas o abrogadas; por cuanto, en esos casos se produce la extinción de derecho por sustracción de materia, así la SCP 0532/2012 de 9 de julio señaló: "(...) En síntesis, conforme al entendimiento establecido por las Sentencias y Autos Constitucionales señalados precedentemente, corresponde referir que la condición para impugnar normas consideradas inconstitucionales es que las mismas se encuentren vigentes y no hayan sido derogadas o abrogadas, pues si es la finalidad de esta acción, depurar del ordenamiento jurídico las normas consideradas inconstitucionales, no tendría sentido pronunciarse sobre una norma que ya no forma parte del ordenamiento jurídico, porque precisamente ha sido ya sea derogada o abrogada. Por otro lado, también el Tribunal Constitucional ha establecido, que cuando se ha producido la sustracción de materia, cuando ha desaparecido una disposición legal que ha sido objeto de reglamentación por una norma que ha sido objetada de su constitucionalidad, por lo mismo esta norma ha dejado de tener efecto y vigencia, por lo que no puede ser sometida a control de constitucionalidad, así se ha pronunciado la SC 0047/2005 de 18 de julio (...)" (Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1850/2013, 29 de octubre.).

⁷ Esto implica que a través del control normativo posterior de constitucionalidad se debe: verificar si las disposiciones legales impugnadas son compatibles con las normas, el sistema de valores supremos, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado; interpretar la norma sometida a control y la norma constitucional desde y conforme a la Constitución Política del Estado; realizar un juicio relacional entre la norma legal impugnada y las normas constitucionales que determine el significado de la disposición legal sometida a control con la finalidad

Como se puede advertir, estos entendimientos jurisprudenciales son de indudable referencia para comprender los alcances del control de constitucionalidad, y los ámbitos en que se ejerce en el contexto boliviano. Bajo esas premisas, y en atención a la delimitación temática del presente trabajo, en esta oportunidad únicamente nos interesará desarrollar, con mayor amplitud, algunos aspectos importantes acerca de la naturaleza jurídica de la Acción de Inconstitucionalidad, su configuración normativa en la Constitución Política del Estado, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional y su intenso desarrollo a través de las sentencias relevantes del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

D. Control normativo de constitucionalidad de las disposiciones legales

De acuerdo con las atribuciones que le confieren la Constitución y la Ley N° 27, el TCP ejerce un control sobre la constitucionalidad de todas las disposiciones legales, sean éstas Leyes (nacionales, departamentales o municipales), Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, Decretos y todo género de Resoluciones no judiciales y declara su inconstitucionalidad con carácter general o *erga omnes* y el efecto derogatorio o abrogatorio conforme corresponda en cada caso.

de mantenerla o retirarla del ordenamiento jurídico (Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0614/2014, 25 de marzo, que declaró la CONSTITUCIONALIDAD y a su vez la INCONSTITUCIONALIDAD de varios artículos de la Ley N° 315 de Seguro Privado de Vida e Invalidez Permanente por Accidentes, Enfermedades en General u otras Causas, para las Trabajadoras y los Trabajadores de la Prensa de Bolivia "Hermanos Peñasco Layme" de 10 de diciembre de 2012. Esta línea jurisprudencial también ha sido reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N°0025/2017, de 21 de julio, que declaró la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 129.II del CNNA; al ser incompatible y contradictorio con los artículos 13.I; 58; 60; 61 y 410.II de la CPE; 3 y 32 de la CDN; 1, 2 y 7 del Convenio 138 de OIT; así como la INCONSTITUCIONALIDAD por conexidad, en previsión del artículo 78.II.5 del CPCo, de los artículos 130.III; 131.I, III y IV; 133.III y IV, y 138.I del CNNA, en cuanto a la edad de diez años, consignada en dichos preceptos legales, sobre el trabajo infantil; siendo los mismos incompatibles igualmente con las precitadas disposiciones constitucionales e internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, al no respetar la edad mínima especificada por Bolivia, en virtud de la ratificación del Convenio 138 de la OIT).

A este efecto, el ordenamiento jurídico establece dos modalidades (en forma previa y posterior) de control de la normatividad:⁸

4.1. El control normativo previo (control preventivo)⁹

Este control se realiza con anterioridad a la aprobación de la respectiva disposición legal, en todos aquellos casos en los que exista una duda

⁸ "El control preventivo de constitucionalidad tiene la finalidad de activar los roles de control de la eficacia del bloque de constitucionalidad y de derechos fundamentales de manera previa a la vigencia de cualquier norma de carácter general, en base a esta teleología, el artículo 202.7 disciplina las consultas de la Presidenta o Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, atribución que se encuentra enmarcada en el ámbito del control preventivo de constitucionalidad. De la misma forma, el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, de acuerdo a la atribución inserta en el artículo 202.9 de la CPE, se encuentra también dentro de este ámbito de control de constitucionalidad, roles que serán conocidos y resueltos por el Pleno del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia cuya decisión será obligatoria. Asimismo, en el marco del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, la atribución disciplinada por el artículo 202.8 de la CPE, referente a las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto, que de acuerdo al artículo 32 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (LTCP) serán conocidas por la Sala Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional, se enmarca en el ámbito del control preventivo de constitucionalidad. (...) El control normativo posterior de constitucionalidad, que se activa a través de las acciones de inconstitucionalidad con carácter abstracto y concreto, así como mediante el recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución, atribución reconocida por el artículo 202.4 de la CPE, tiene la finalidad de verificar que toda norma de carácter general sea coherente y responda en su contenido al bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia, por lo que en caso de verificar una vulneración a este, una vez activado el control normativo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la inconstitucionalidad total o parcial de la norma, decisión que tendrá efectos abrogatorios o derogatorios de acuerdo al caso" (Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0923/2013, 20 de junio).

⁹ La jurisprudencia constitucional ha señalado que, en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, éste puede ser previo (también denominado preventivo o *a priori*) y posterior (correctivo o *a posteriori*). "El primero, se realiza antes de la aprobación de la ley, a instancia de las autoridades que tienen legitimación, con el objeto que el Órgano que ejerce el control de constitucionalidad contraste el texto del proyecto de ley con la Constitución Política del Estado, a efectos de establecer que sus preceptos no sean contrarios al sistema de normas, principios y valores contenidos en la Norma Suprema (En el mismo sentido, la SCP 0002/2013 de 19 de abril). (...) Conviene destacar que el control previo de constitucionalidad también es un mecanismo para el ejercicio de los controles inter Órganos de Poder (del Órgano Legislativo hacia el Ejecutivo y viceversa); es decir, viabiliza el control de pesos y contrapesos no sólo entre los Órganos de Poder; sino también constituye un mecanismo de freno y contrapeso jurisdiccional, en la medida en que el Órgano competente (el Tribunal Constitucional Plurinacional), verifica la compatibilidad de las leyes aprobadas, aún no

fundada sobre su constitucionalidad. Para el efecto, la Ley del TCP y el Código Procesal Constitucional han previsto las siguientes acciones:

- 1) las consultas de la Presidenta o del Presidente del Estado Plurinacional, de la Presidenta o del Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, de la Presidenta o del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley (atribución 8va., del artículo 12 de la Ley del TCP);
- 2) el control previo de constitucionalidad en la ratificación de los Tratados Internacionales (atribución 9na.);
- 3) la consulta sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución (atribución 10ma.);
- 4) control previo sobre la constitucionalidad de Estatutos Autonómicos y Cartas Orgánicas (atribución 12ava. del artículo 28 de la Ley del TCP);
- 5) control previo sobre el texto de las preguntas de la convocatoria a referendo nacional, departamental y municipal (atribución 13ava., del artículo 28 de la Ley del TCP);
- 6) las consultas de las autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (atribución 12ava.);

sancionadas ni promulgadas, con las normas de la Constitución Política del Estado. Bajo tales parámetros, conviene aclarar y precisar que la atribución conferida al Tribunal Constitucional Plurinacional, a efectos de realizar el control previo de constitucionalidad, conlleva una labor objetiva sobre los preceptos del proyecto de la ley en consulta y los juicios de constitucionalidad requeridos para determinar su compatibilidad o incompatibilidad con el sistema de valores, principios y normas de la Ley Fundamental, correspondiendo limitar su actuación a dicha tarea, sin desnaturalizar su finalidad y objeto: ‘...confrontar el texto de dicho Proyecto con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional’ (art. 111 del CPCo)”. (Cfr: Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional Número 0001/2020, 15 de enero, que declaró la CONSTITUCIONALIDAD de los artículos 1 y 4 del proyecto de Ley Excepcional de Prórroga del Mandato Constitucional de Autoridades Electas, de los Órganos del Poder Público del nivel central (Órganos Ejecutivo y Legislativo) y de las autoridades electas de los Órganos Ejecutivo y Legislativo de los Gobiernos Autónomos del nivel subnacional).

4.2. El control normativo posterior (control correctivo)¹⁰

Esta forma de control se ejerce con posterioridad a la sanción y promulgación de la disposición legal respectiva, en aquellos casos en los que presenten eventualmente una contradicción o incompatibilidad con las normas de la Constitución Política del Estado. El TCP, como órgano jurisdiccional del control de constitucionalidad, lo ejerce al momento de conocer y resolver:

- 1) las acciones de inconstitucionalidad de carácter *abstracto* sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 1ra., del artículo 12 de la Ley del TCP);
- 2) las acciones de inconstitucionalidad de carácter *concreto* sobre leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (atribución 2da.);

¹⁰ "El control de constitucionalidad correctivo o *a posteriori*, denominado en nuestra legislación —Ley del Tribunal Constitucional— como recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, ahora acción de inconstitucionalidad abstracta, se hace efectivo con posterioridad a la emisión de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, con la finalidad de retirarla del ordenamiento jurídico previa verificación de su incompatibilidad con el texto constitucional —principios, valores, derechos y garantías y normas orgánicas—; y un elemento que distingue a este control— es su no relación a la resolución a un caso concreto. (...) A través de este recurso se somete a control de constitucionalidad toda disposición legal de carácter normativo y general que con posterioridad a su emisión resulte contraria a la Constitución Política del Estado, en función a una interpretación de la disposición legal, desde y conforme la Norma Fundamental, labor encomendada, ahora, al Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme la atribución contenida en el art. 202.1 de la CPE. Lo que significa, que frente a distintas interpretaciones que pudieran suscitarse de una disposición legal —ley, decreto ley o cualquier género de resolución—, este Tribunal, deberá aplicar el principio de conservación de la norma; es decir, adoptar aquella interpretación que concuerde con la Constitución Política del Estado —art. 4 de la LTC—, que implica la modulación del contenido de la sentencia y sus efectos a través de la emisión de sentencias exhortativas, interpretativas, aditivas o integradoras. Finalmente, la declaratoria de inconstitucionalidad, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia constitucional, se efectuará por el fondo o por la forma, en este último caso, el control de constitucionalidad consiste en efectuar un análisis desde el origen de la norma, si el órgano emisor es competente para emitir la ley, si se imprimió el procedimiento legislativo previsto por la Constitución Política del Estado para la formación de una ley, sea desde su elaboración, aprobación, promulgación y publicación. Dicho de otro modo, implica determinar la validez en la formación y aprobación de la ley" (Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0336/2012, 18 de junio).

- 3) los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones, creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado¹¹ (atribución 5ta.);

E. La Acción de Inconstitucionalidad prevista en la Constitución boliviana

Una breve retrospectiva histórica de la acción de inconstitucionalidad nos demuestra que este instrumento ha venido a reponer el denominado "recurso de inconstitucionalidad" (antes previsto por la Constitución Política del Estado abrogada), mismo que fue explicado por la doctrina constitucional desarrollada por el anterior Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

La Sentencia Constitucional N° 0004/2001 de 5 de enero manifestó lo siguiente: "[...] el Recurso de Inconstitucionalidad es una acción de puro derecho en la que el órgano contralor debe confrontar el texto de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con las mismas [...]". Luego, la Sentencia Constitucional N° 0011/2002 de 5 de febrero complementó el anterior concepto al explicar que: "[...] el Recurso de Inconstitucionalidad es una acción de puro derecho en la que el juzgador debe confrontar el texto de la norma impugnada con el de la Constitución Política del Estado para ver si hay contradicción entre sus términos".

¹¹ Código Procesal Constitucional, Bolivia, artículos 133 al 138: este recurso tiene por objeto garantizar que toda disposición legal que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, se establezca de acuerdo con la Constitución Política del Estado. Asimismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0677/2012, de 2 de agosto (Sala Plena), desarrolla entre sus fundamentos jurídicos: 1) Naturaleza jurídica y alcances del recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales; 2) De la legitimación activa y pasiva; 3) De los requisitos del recurso, de su contenido y forma; 4) De la procedencia del recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales.

Con ese antecedente, se puede señalar que la Acción de Inconstitucionalidad es una acción de puro derecho (pues no se debate ningún hecho), en la que ahora el Tribunal Constitucional Plurinacional (como juez constitucional) debe confrontar el texto de las disposiciones legales impugnadas o cuestionadas con la Constitución Política del Estado, para comprobar la existencia de compatibilidad entre ambos, o de contradicción entre los dos textos jurídicos.

La jurisprudencia constitucional, a tiempo de analizar la naturaleza del ejercicio del control de constitucionalidad en Bolivia, se ha basado en la premisa de que la Constitución Política del Estado es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, lo que se traduce en el principio de supremacía constitucional que:

[...] en el marco del constitucionalismo boliviano, implica una superación del clásico principio liberal de legalidad, no sólo en la medida en que la ley misma puede ser analizada, criticada e invalidada a partir de su confrontación con la Ley Fundamental y las normas del bloque de constitucionalidad, sino también porque se instaura una nueva forma de entender la legalidad, más allá del horizonte liberal, en el marco del pluralismo jurídico igualitario con techo constitucional; en virtud a la cual, se podrán relacionar e interpelar los diferentes sistemas jurídicos, generando, inclusive, nuevas soluciones para los casos concretos que se presenten, partiendo de la ductilidad y porosidad del derecho que el pluralismo jurídico posibilita, lo que indudablemente implica una relectura del clásico principio de legalidad, es así que se ha establecido el control de constitucionalidad, labor que consiste en la verificación de la compatibilidad o conformidad de las disposiciones normativas infraconstitucionales, en relación con los preceptos, principios y valores contenidos en la Ley Fundamental.

En ese sentido, la validez de las leyes no dependen únicamente del cumplimiento de las formalidades atinentes a su producción; es decir, que surjan del procedimiento legislativo, en el caso de

las leyes o de otros órganos con atribuciones para generar normas; sino también, están condicionadas fundamentalmente a la armonía con el texto constitucional en su integridad, en ese sentido, si luego de efectuar el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional advierte la contradicción con la Norma Suprema, existe la facultad para depurar del ordenamiento jurídico a través de su expulsión del sistema normativo del Estado, por resultar incompatible con la Constitución Política del Estado, cuya legitimidad emerge de un poder cualificado como es la Asamblea Constituyente (*Cfr.* Sentencia Constitucional Plurinacional 0067/2015, de fecha 20 de agosto).

5.1. Configuración constitucional y normativa procesal vigente

Actualmente por mandato constitucional (artículo 132 de la CPE), toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley (vale decir, las reglas de procedimiento establecidas por la Ley N° 254 que aprueba el Código Procesal Constitucional — CPCo). Asimismo, el artículo 133 de la misma Constitución previene que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos.

De una simple lectura de los preceptos constitucionales antes citados, se pueden inferir con meridiana claridad las siguientes características jurídico-normativas:

- a) Que la Acción de Inconstitucionalidad está prevista para el resguardo de la integridad del contenido de nuestra Ley Fundamental, lo que abre la posibilidad de impugnar la existencia de una norma jurídica contraria a la Constitución, con el único fin de lograr una depuración del ordenamiento jurídico (sin ser viable esta acción

para pretender demostrar la existencia de normas aparentemente contradictorias en el mismo texto de la Constitución, lo que en su caso deberá salvarse vía interpretación constitucional);¹²

- b) Que la Sentencia Constitucional que pueda emitir el TCP sólo puede declarar la "constitucionalidad" o la "inconstitucionalidad" de una ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, sin que exista posibilidad de que pueda declarar otra cosa distinta y no establecida por la Constitución, o que pueda emitir una decisión que tenga efectos no previstos en el ordenamiento jurídico.
- c) Que una vez realizado el test de constitucionalidad, y verificada la incompatibilidad de la disposición legal impugnada, ello ameritará la declaración de inconstitucionalidad de la misma, lo que tendrá como consecuencia inmediata su expulsión del ordenamiento jurídico nacional, hará definitivamente "inaplicable la norma impugnada" en lo sucesivo (lo que no es lo mismo que declarar la inaplicabilidad de la Constitución), y surtirá plenos efectos res-

¹² Cabe tener presente que la Constitución, al ser una ley de características muy peculiares, requiere además de los métodos de la interpretación utilizados para la interpretación de la legalidad ordinaria, la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre ellos: "el *principio de unidad de la Constitución*, que parte de la idea de que la Constitución es una unidad, y por tanto, no puede ser parcelada en la labor interpretativa en partes aisladas; el *principio de concordancia práctica*, que exige que los bienes jurídicos protegidos implicados en la interpretación deben ser compatibilizados, y en caso de que no sea posible encontrar una solución por esta vía, se debe recurrir a la ponderación de los bienes jurídicos en juego; el *principio de eficacia integradora*, que enseña que si la norma promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad, tomando en cuenta la realización de los fines del Estado y la conservación del sistema; y finalmente, el *principio de eficacia o efectividad*, que obliga al intérprete a optimizar y maximizar las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido, actualizándolas ante los cambios del mundo externo. Este principio es utilizado frecuentemente en la interpretación de los derechos fundamentales, conocido con el nombre de *principio de favorabilidad o in dubio pro libertate*. Consecuentemente, de lo expresado nace la necesidad de que el contraste o test de compatibilidad no se reduzca sólo a preceptos aislados, sino a la interpretación de la Constitución como unidad, como conjunto; por tanto, tal análisis debe extenderse, según el caso, al artículo del que forma parte el párrafo o inciso en estudio; al capítulo o título con el que se vincula; en síntesis, con la Constitución; o lo que es lo mismo, con sus normas, principios y valores; así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos, dada la prevalencia de estos, en el orden interno. (...)". Durán Ribera, Willman R., "La Constitución vigente y sus Leyes de desarrollo. ¿Guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho?", en *Revista Boliviana de Derecho*, Santa Cruz, Bolivia, Editorial El País, enero de 2011, número 11, pp. 6-23. Disponible en: «<http://bit.ly/1f9163W>».

pecto a todos, vale decir, que el fallo a emitirse tendrá efecto *erga omnes* (y no así, sólo para el caso concreto).

Asimismo, la Ley de desarrollo de las facultades del Tribunal Constitucional Plurinacional ha dispuesto que la Acción de Inconstitucionalidad sea ejercida por medio de dos acciones específicas, con lo que se dota así de mecanismos procesales a esta garantía jurisdiccional de rango constitucional. Es así que, de acuerdo a la configuración normativa prevista en el Código Procesal Constitucional vigente (y al tenor combinado de los artículos 72 y 73), las Acciones de Inconstitucionalidad son de "puro derecho" y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, Decreto o cualquier género de Resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado, a instancia de las autoridades públicas señaladas en el mismo Código.

En síntesis, y conforme lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, los artículos 132 de la CPE; y 72 y 73 del Código Procesal Constitucional (CPCo), prevén mecanismos de defensa de la Constitución Política del Estado, contra toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, cuyo contenido sea contrario y lesivo al régimen constitucional vigente; es así que:

De acuerdo al Código Procesal Constitucional, su impugnación procede por vía de las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta, como mecanismos de control correctivo, reparador o a posteriori. Las acciones de inconstitucionalidad, instituidas en la Constitución Política del Estado y desarrolladas en el Código Procesal Constitucional, en esencia buscan compatibilizar toda disposición normativa de carácter infra-constitucional con los principios, valores y derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental del Estado, de modo que, ante una posible incompatibilidad o contradicción con el régimen constitucional, será necesaria la expulsión del régimen jurídico nacional, de ahí que se constituye en mecanismos de defensa de la Norma Suprema del Estado (*Cfr.* Sentencia Constitucional Plurinacional 0052/2015, de fecha 4 de mayo).

A este efecto, las Acciones de Inconstitucionalidad pueden presentarse de dos formas:

1. *Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto* contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

Según el criterio de Rivera Santivañez, la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta es precisamente una acción constitucional que tiene por finalidad realizar el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los valores, principios, derechos fundamentales y normas orgánicas previstos por la Constitución, con el objeto de lograr una *depuración del ordenamiento jurídico* del Estado. Ciertamente, se trata de una *acción abstracta*, porque la impugnación de la disposición legal se la plantea como una acción no vinculada a un caso concreto, es decir, independientemente de su proyección de aplicabilidad, o la existencia de un interés subjetivo; y es una *acción directa*, porque la persona o autoridad legitimada efectúa la impugnación de la disposición legal, de manera directa y sin condicionamiento alguno, es decir, sin que la supuesta incompatibilidad esté vinculada a la solución de un conflicto concreto de intereses.¹³

2. *Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto*, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo¹⁴ cuya decisión

¹³ "Es una acción constitucional que se articula al sistema de control correctivo o *a posteriori* de las disposiciones legales, pues a través de ella se busca la verificación de la compatibilidad de la disposición legal impugnada con los valores, principios, derechos fundamentales, y las normas orgánicas previstas por la Constitución, de manera que si se establece su incompatibilidad, se la retire del ordenamiento jurídico. Significa que el órgano de control de constitucionalidad corrige el acto legislativo inconstitucional, con posterioridad a la promulgación de la disposición legal respectiva, depurando de esa forma el ordenamiento jurídico del Estado". Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, tercera edición actualizada con la Constitución y la Ley N° 27, Cochabamba, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2011, p. 233.

¹⁴ Con relación a este inciso, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0253/2013 de 8 de marzo, rescatando el entendimiento jurisprudencial establecido en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0646/2012 de 23 de julio, previa distinción entre proceso y procedimiento, concluyó afirmando: "[...] considerando el nuevo contexto constitucional cuando se hace referencia a la

dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.¹⁵

acción de inconstitucionalidad concreta, corresponde interpretar el término proceso en su vertiente más amplia que abarca y conglomerada a procesos y procedimientos judiciales y administrativos, ello en razón a que: 1) Si bien el incidente de inconstitucionalidad proviene de una situación particular, el interés de sanear el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales trasciende el interés particular y alcanza al colectivo —orden público constitucional—; y, 2) Un entendimiento reducido del término proceso en el marco de la acción de inconstitucionalidad concreta no resultaría acorde con el derecho de acceso a la justicia y el principio *pro actione*". En ese sentido y con relación a que la procedencia de la acción de inconstitucionalidad concreta está condicionada a que la norma objeto de control deba ser aquella a aplicarse en la resolución final del proceso judicial o administrativo, la citada Sentencia Constitucional Plurinacional, con una interpretación compatible con las normas de la Constitución Política del Estado, sostuvo, que: "[...] una norma procesal puede condicionar e incluso determinar la decisión de fondo, la garantía del debido proceso incluye el derecho a ser juzgado con normas constitucionales y que la supremacía constitucional no sólo alcanza a normas de carácter sustantivo sino a las de carácter adjetivo, por lo que corresponde corregir dicho entendimiento en sentido de que la resolución del proceso judicial o administrativo impugnada referida en la normativa que desarrolla el art. 132 de la CPE no es necesariamente la que resuelve la decisión final sino también la que es utilizada para resolver incidentes o excepciones". (Esta línea jurisprudencial fue reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional 1250/2012, de 20 de septiembre, que declaró la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 162 [Desacato] del Código Penal y, posteriormente, también fue seguida por la SCP 1911/2013 de 29 de octubre).

¹⁵ De la norma precedente, se deduce que la Acción de Inconstitucionalidad puede ser de carácter abstracto o de carácter concreto; la primera de ellas sin mayores requisitos previos; mientras que, para el caso de la acción concreta, se exige su vinculación a un proceso judicial o administrativo, lo que impone una carga procesal adicional al interesado en activar esta garantía jurisdiccional constitucional. La jurisprudencia ha precisado que la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto encuentra una naturaleza similar al extinto recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad previsto por la Ley del Tribunal Constitucional (ahora abrogada), y "Tal identidad se puede resumir en lo expuesto por la SC 0056/2002 de 8 de julio, que al explicar el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, lo reconoció como una vía concreta para el ejercicio del control de constitucionalidad, al exponer que: "[...] el Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad como una vía de control concreto de constitucionalidad [...]". Ahora bien, el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad debía su naturaleza indirecta a que sólo podía ser activado durante el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, para demandar la inconstitucionalidad de una norma que necesariamente tenía que ser utilizada en el procedimiento judicial o administrativo en el que se impulsó el recurso; tramitándose el mismo de modo accesorio a ese procedimiento principal, de ahí su naturaleza incidental. Conforme a ello, la acción de inconstitucionalidad de carácter concreto tampoco puede activarse de modo independiente, pues sólo puede ser iniciada en un proceso judicial o administrativo; y de igual manera, también precisa que la norma cuestionada de inconstitucionalidad deba ser aplicada necesariamente en el proceso judicial o administrativo en el que se propuso, y por último, su trámite también es accesorio al principal, por lo que comparte todas las características del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad" (Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0555/2013, de 15 de mayo). Asimismo, acerca de la naturaleza jurídica y alcances de la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, es de utilidad consultar la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0005/2017, de 9 de marzo, que declaró la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 234.6 del Código de Procedimiento Penal (relativo al Peligro de Fuga), por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 116.I de la CPE.

De acuerdo a Rivera Santivañez, la Acción de Inconstitucionalidad Concreta tiene la finalidad de someter al control de constitucionalidad una disposición legal, sobre cuya constitucionalidad surge una duda razonable y fundada, en aquellos casos concretos en los cuales debe ser aplicada para resolver un proceso judicial o administrativo, a objeto de que el órgano competente la someta a juicio de constitucionalidad para verificar su compatibilidad con la Constitución. Es una acción concreta, porque la aparente incompatibilidad de la disposición legal con la Constitución surge en la proyección aplicativa de esa disposición legal a un caso concreto a resolverse en un proceso judicial o administrativo.¹⁶

5.2. Desarrollo jurisprudencial de la Acción de Inconstitucionalidad

De acuerdo a lo anterior, la Sentencia Constitucional N° 0048/2010 de 6 de diciembre ha establecido que la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta: "...es una de las vías o medios jurisdiccionales de rango constitucional de control normativo correctivo o a posteriori; es decir, de normas vigentes, acción a través de la cual el Tribunal Constitucional analiza la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas, de diferentes jerarquías y ámbitos jurídicos, con los principios, valores y normas de la Constitución Política del Estado, de tal manera que desaparezca la duda de constitucionalidad sobre dicha norma...".

De igual manera, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0680/2012 de 2 de agosto, estableció:

¹⁶ "Esta vía de control concreto de constitucionalidad está abierta a todos los jueces y tribunales que integran el Órgano Judicial, así como a aquellas autoridades administrativas que sustancian los procesos administrativos, para que puedan plantear la acción cuando tengan una duda fundada y razonable sobre la constitucionalidad de una disposición legal o de algunas de sus normas, de cuya validez dependa la adopción de su decisión, con independencia de que lleguen a adoptar la decisión respectiva de promover la acción directamente o a petición de las partes". Rivera Santivañez, José Antonio, *op. cit.*, p. 251.

En cuanto al control de constitucionalidad, la Constitución Política del Estado prevé un medio o recurso idóneo para el control objetivo de las normas jurídicas con relación a preceptos, principios y valores contenidos en la Norma Suprema, cuya finalidad es sanear o depurar el ordenamiento jurídico a través de un fallo con efectos derogatorios o abrogatorios de la norma que resulte incompatible; es así que en el art. 202.1 de la CPE, entre las atribuciones fijadas para el Tribunal Constitucional Plurinacional, establece el conocer y resolver en única instancia los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, determinando además que en la acción de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, incorporando además entre los legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad abstracta al defensor o defensora del pueblo conforme a lo previsto por el art. 222.1 de la CPE.¹⁷

¹⁷ Estos fundamentos fueron desarrollados en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0206/2014, de 5 de febrero, que declaró la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 56 (Trabajo de mujeres, menores de edad y enfermos) del Código Penal; el primer párrafo del artículo 245 (Atenuación por causa de honor) del Código Penal y de la frase "por causa de honor" del epígrafe de dicho artículo; de la frase "...para encubrir su fragilidad o deshonra..." del artículo 258 (Infanticidio) del Código Penal, y de las frases "...siempre que la acción penal hubiere sido iniciada..." del primer párrafo y "...y autorización judicial en su caso", del párrafo tercero del artículo 266 (Aborto impune) del Código Penal y manteniendo incólume en lo demás el citado artículo, conforme al procedimiento de denuncia establecido en el Fundamento Jurídico III.8.8 del fallo; asimismo, declaró la CONSTITUCIONALIDAD de los artículos 58 (Detención domiciliaria), 250 (Abandono de mujer embarazada) y 269 (Práctica habitual del aborto) del Código Penal, sujetos a una interpretación plural en los marcos previstos en el mismo fallo; y la CONSTITUCIONALIDAD del artículo 263 (Aborto) del Código Penal, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico III.8.7 de la Resolución; además de declarar la IMPROCEDENCIA de la acción de inconstitucionalidad respecto a los artículos 254, 264, 265, 315 y 317 del Código Penal. Por otro lado, dispuso además lo siguiente: "5° EXHORTAR a la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que atendiendo a la interpretación efectuada en el Fundamento Jurídico III.8.7 de la Sentencia, en el ámbito de sus competencias y las recomendaciones de los organismos internacionales en el marco de la progresividad de los derechos de la mujer, desarrollen normas que garanticen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos conforme a lo establecido en el artículo 66 de la Constitución Política del Estado, y que las mismas coadyuven a resolver los abortos clandestinos; 6° EXHORTAR al Órgano Ejecutivo priorice y ejecute políticas públicas educativas y de salud destinadas a la difusión, protección, atención, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que puedan contrarrestar y/o

Por otro lado, en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0614/2014, de 25 de marzo, el TCP realizó algunas precisiones acerca de la naturaleza jurídica de la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta y su configuración normativa en el Código Procesal Constitucional (CPCo), para concluir señalando que de acuerdo a dichas normas:

[...] la acción de inconstitucionalidad abstracta es una acción constitucional de control correctivo o a posteriori, de las disposiciones legales vigentes, acción a través de la cual el Tribunal Constitucional Plurinacional verifica la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales promulgadas, con los principios, valores, derechos fundamentales y normas orgánicas de la Constitución Política del Estado Plurinacional, con el objetivo de depurarla del ordenamiento jurídico en caso de comprobarse su incompatibilidad. A su vez se constituye en una acción directa, porque a través de ella la autoridad legitimada efectúa la impugnación sin que la supuesta incompatibilidad esté vinculada a la solución de un caso concreto.

F. Condiciones de procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad¹⁸

La jurisprudencia constitucional ha precisado que el control de constitucionalidad en general que efectúa el Tribunal Constitucional Plurinacio-

disminuir las tasas de mortalidad de las mujeres por causa de los abortos clandestinos, para la protección de la vida entendida desde la visión intercultural en el Estado Plurinacional, desarrollando para ello las siguientes acciones: Programas de apoyo social a favor de madres solteras, Desarrollo de una política estatal de educación en reproducción sexual, Programas de apoyo económico y social a padres de hijos de enfermedades congénitas, Mejorar de manera urgente las políticas y trato a los huérfanos y generar políticas de adopción y programas, incluso cuando alcanzan la mayoría de edad".

¹⁸ *Cfr.* Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0300/2012, 18 de junio: Esta sentencia también estableció entre sus fundamentos jurídicos lo siguiente: "Desde el procedimiento legislativo, la consulta previa a los pueblos indígenas debe ser observado, dado que esa omisión afecta el contenido de la norma, produciendo una inconstitucionalidad; sin embargo, cuando una norma se promulgó sin cumplir con dicho requisito, pero a su vez el legislador ordinario emite otra norma con el objeto de someter a consulta la primera, en

nal tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, contra las determinaciones del legislador —en el ámbito normativo—, que los vulneren, al ser contrarias a las normas constitucionales y, de esta forma, garantiza que todas las disposiciones legales que rigen el ordenamiento jurídico del Estado estén sometidas a los valores supremos, principios, preceptos y normas establecidas en la Constitución.

En este marco, se tiene claro que mediante el control correctivo de constitucionalidad se procede a sanear el ordenamiento jurídico, quedando establecido que si alguna disposición legal o cualquiera de sus normas, es contraria a la Constitución, será anulada y consecuentemente retirada del ordenamiento jurídico:

Consiguientemente y bajo una interpretación lógica, se debe tomar en cuenta que para impugnar una norma presuntamente inconstitucional, el contenido de la misma no tiene que estar supeditado directa o indirectamente a los efectos y alcances de otra norma jurídica emitida posteriormente, y la cual refleje un grado de condición al sentido teleológico de la primera norma, pues no tendría sentido ni pertinencia jurídica pronunciarse sobre una disposición legal o norma, cuya materialización de sus efectos jurídicos en el ordenamiento se encuentre subordinada a una nueva ley, imposibilitando así al Tribunal realizar el control correctivo de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma —sometida— en su efectividad y plenos efectos a otra que por naturaleza previamente debe dilucidarse en su alcance jurídico.

Ello implica —según el Tribunal Constitucional Plurinacional— que la condición para impugnar normas consideradas inconstitucionales es que las mismas se encuentren vigentes, o que su

los hechos, se está determinando que la validez de la primera se encuentra supeditada a la consulta que el legislador ordinario ha determinado con objeto de someter a consulta la primera".

contenido no hubiere sido modificado, o su validez no esté supeditada por otra norma jurídica o condición; es decir, que no hayan sido sustituidas o condicionadas en su contenido esencial por otra norma jurídica —de manera explícita o tácita—; pues, atendiendo a la finalidad de esta acción, que es precisamente depurar el ordenamiento jurídico de normas consideradas inconstitucionales, no tendría sentido pronunciarse sobre una, cuya eficacia está condicionada por otra norma posterior (*Cfr.* Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012, 18 de junio).

De lo referido se concluye la imposibilidad material de que el Tribunal Constitucional Plurinacional efectúe control normativo y se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma supeditada a la condición de otra que jurídicamente la complementa, por ende, su consideración no puede efectivizarse si su contenido normativo está supeditado o condicionado por otra norma jurídica posterior.

Asimismo, en una de las *ratios decidendis* de la misma SCP N° 0300/2012, citada precedentemente, se estableció el siguiente razonamiento respecto a una de las normas impugnadas:

Corresponde precisar que la condición para impugnar normas consideradas inconstitucionales es que las mismas se encuentren vigentes o que su contenido no hubiere sido modificado; es decir, que no hayan sido derogadas o modificadas por otras normas —de manera explícita o tácita—; pues, atendiendo a la finalidad de esta acción, que es precisamente depurar del ordenamiento jurídico de normas consideradas inconstitucionales, no tendría sentido pronunciarse sobre una norma que ya no forma parte del ordenamiento jurídico o que aun formando parte de él ha sido modificada por una norma posterior en el texto que precisamente es cuestionado a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta.

[...] Ello implica —conforme se precisó precedentemente—, la imposibilidad material de que el Tribunal Constitucional Plurina-

cional efectúe control normativo y se pronuncie sobre lo constitucional o inconstitucional de una norma que no forma parte del ordenamiento jurídico, por ende su consideración carece de relevancia constitucional —en términos de control normativo de constitucionalidad— dado que ello resultaría una mera enunciación declarativa y no constitutiva, por cuanto la norma ya no está vigente.

G. La fundamentación entre la norma impugnada de inconstitucional y los preceptos constitucionales vulnerados

La jurisprudencia constitucional, a través de la SCP 1978/2014 de 13 de noviembre, se ha referido a los cargos de inconstitucionalidad que deben ser cumplidos a tiempo de plantear la acción y la necesaria fundamentación entre la norma impugnada de inconstitucional y los preceptos constitucionales que se creen vulnerados, señalando lo siguiente:

Sin embargo, para que este Tribunal Constitucional Plurinacional pueda pronunciarse en el fondo de las acciones de inconstitucionalidad en general, el accionante deberá cumplir con una carga argumentativa jurídico constitucional, la cual estará basada principalmente: En el deber de señalar la norma jurídica contraria a la Norma Suprema (art. 132 de la CPE); sin embargo, ello no significa que se deba realizar una mera enunciación de estas disposiciones sino que deberá ser de forma fundamentada haciendo mención a los artículos, valores y principios constitucionales que violaría esta norma, también en términos claros el accionante deberá mencionar el por qué considera que el precepto objeto de la acción de inconstitucionalidad se encuentra contrapuesta con la Ley Fundamental, hechos que deberán ser además ciertos y verificables de la lectura de la propia ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto, ordenanza denunciada y que por tal motivo considere que deban ser expulsados del ordenamiento jurídico.

[...] (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0035/2018, de fecha 12 de septiembre).

En consecuencia, el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad —sea en la vía abstracta o concreta—, demanda necesariamente la formulación de una carga argumentativa racional, lógica y suficiente, que pueda generar duda razonable sobre su incompatibilidad con el texto constitucional. Así, la SCP 0004/2015 de 6 de febrero estableció que de acuerdo a lo expuesto en la SCP 1337/2014 de 30 de junio:

[...] la carencia absoluta de fundamentos jurídico constitucionales alude a una operación argumentativa ineludible, basada en razonamientos constitucionales que sean suficientes de acuerdo al caso concreto que se analiza, para germinar una duda sobre la adecuación de la norma demandada a los valores, principios y normas de la Constitución Política del Estado; mas no es una operación dependiente de la extensión de la demanda o la acumulación de doctrina y jurisprudencia, sino que consiste en la presentación de razonamientos y criterios derivados de la Ley Fundamental, que configure una duda razonable y haga justificable un examen de los mismos, con el objeto de verificar si la norma demandada es conforme a la Norma Suprema. Concluyendo que, debido a la naturaleza de esta acción de control normativo, por la cual se impugna normas legales que atentan contra la Ley Fundamental, en su propósito debe cumplirse con la adecuada y razonada fundamentación jurídico constitucional, que permita a este Tribunal ingresar a analizar dichos fundamentos y efectuar el control de constitucionalidad pertinente.

Bajo ese marco, cabe afirmar que la ausencia de carga argumentativa racional, lógica y suficiente en las acciones de inconstitucionalidad imposibilita formular el juicio o test de constitucionalidad que se plantea, en cuyo caso corresponde declarar la improcedencia de la acción, por carencia absoluta de fundamentos jurídico constitucionales que justifiquen una decisión de fondo (Cfr. Sentencia Constitucional Plurinacional 0009/2019, de fecha 14 de febrero).

H. Sobre el ejercicio del control normativo de constitucionalidad con relación a normas cuestionadas de inconstitucionalidad abrogadas o derogadas que mantienen efectos jurídicos¹⁹

La Acción de Inconstitucionalidad tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda disposición legal, decreto o cualquier género de resolución no judicial contraria a la Constitución Política del Estado; en este entendido, dicha acción por regla general procede contra aquellas normas vigentes, toda vez que de verificarse su incompatibilidad con la Constitución Política del Estado, se tiene como efecto la declaración de su inconstitucionalidad, sea total o parcial y por ende la expulsión de dicha norma del ordenamiento jurídico.

Dicha regla general es aplicable a la *acción de inconstitucionalidad concreta*, la cual procede en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión depende de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales, lo que quiere decir que la acción de inconstitucionalidad concreta también procede contra normas vigentes que tengan vida y formen parte del ordenamiento jurídico; sin embargo, dicha acción excepcionalmente procederá contra normas abrogadas o derogadas, que no se encuentren vigentes, siempre y cuando las mismas sigan produciendo efectos jurídicos. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Plurinacional, cuando en el AC 0796/2012-CA de 10 de octubre, ha señalado: "*Asimismo, se establece que el control normativo de constitucionalidad correctivo o posterior se ejerce sobre las normas vigentes que tengan vida y formen parte del ordenamiento jurídico; sin embargo, excepcionalmente el juicio de constitucionalidad normativo procede contra normas que fueron abrogadas o derogadas, no se encuentran vigentes; empero, la condición es que las mismas,*

¹⁹ Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1050/2013, 28 de junio.

a pesar de no estar vigentes formalmente, todavía producen efectos jurídicos dada su ultra actividad".

De igual forma la SCP 0131/2013 de 1 de febrero, con relación al ejercicio del control normativo de constitucionalidad en relación de normas abrogadas o derogadas cuestionadas de inconstitucionalidad, ha referido lo siguiente:

En este orden de ideas, se tiene que para supuestos en los cuales se haya activado este ámbito de control de constitucionalidad cuestionándose una o más normas cuyo análisis de constitucionalidad sea relevante para una decisión jurisdiccional o administrativa pendiente de resolución y en caso de ser la norma impugnada abrogada o derogada antes de realizarse dicho control de constitucionalidad, deberá para estos casos desarrollarse el pertinente test de constitucionalidad, circunstancia en mérito de la cual, en cuanto a la norma cuestionada, se determinará su compatibilidad o en su caso la contradicción con el bloque de constitucionalidad imperante, con efectos en la resolución judicial o administrativa pendiente de resolución.

El postulado antes expuesto, es decir la excepción a la regla que ordena el ejercicio del control normativo de constitucionalidad en relación a normas con plena vigencia temporal, encuentra fundamento constitucional en la garantía de prohibición de aplicación retroactiva de norma sustantiva.

Consiguientemente, para supuestos en los que dentro de un proceso judicial o administrativo se plantee la acción de inconstitucionalidad concreta, sobre normas sustantivas abrogadas, que tengan relevancia para la decisión de los referidos procesos, dicha norma será sometida al test de constitucionalidad, siempre y cuando todavía produzcan efectos jurídicos, y por ende, sea necesario resguardar la garantía de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley.

I. Características del control de constitucionalidad normativo a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta y la cosa juzgada constitucional²⁰

El artículo 202.1 de la CPE confiere al Tribunal Constitucional Plurinacional la facultad de ejercer el control normativo de constitucionalidad sobre "leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales", a efectos de velar por la supremacía constitucional y la coherencia del ordenamiento jurídico en su integridad, contrastando aquellas normas cuya constitucionalidad se cuestiona con los preceptos que emanan de la Ley Fundamental y del Bloque de Constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 410.II de la Norma Suprema; así ambos constituyen el baremo de control correctivo o posterior de compatibilidad normativa. Así, en el nuevo paradigma constitucional, la SC 0034/2010 de 20 de septiembre, asumió que:

[...] el control normativo de constitucionalidad, es el mecanismo encomendado al órgano contralor de constitucionalidad, para que en caso de ser activado, verifique la observancia y respeto a la Constitución de todas las normas infra-constitucionales caracterizadas por su generalidad, encontrándose dentro de este plexo normativo las leyes, los decretos supremos, las resoluciones de carácter general y otras normas que no tengan efectos particulares.

Consecuentemente, la acción de inconstitucionalidad en su modalidad abstracta se constituye en un mecanismo procesal de puro derecho instituido para la defensa de la Constitución Política del Estado y el saneamiento del ordenamiento jurídico nacional, expulsando de éste toda norma contraria al régimen constitucional y convencional como una

²⁰ Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0024/2018, 27 de junio.

garantía para la prevalencia de la Norma Suprema del Estado con relación a disposiciones normativas de menor jerarquía.

De modo que, por la naturaleza de su procedimiento constitucional, el artículo 74 del Código Procesal Constitucional (CPCo) cierra la legitimación activa para su interposición a "[...] la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o Defensor del Pueblo"; esto, en razón de la seriedad de sus efectos, y en consideración a que el control normativo debe observar con especial atención los principios de presunción de constitucionalidad y de conservación de la norma, lo que limita la legitimación para su activación sólo a las autoridades enunciadas en el Código Procesal Constitucional.

Otra de las características esenciales inherente a este mecanismo procesal constitucional, radica en que *por su carácter abstracto se constituye en una acción de puro derecho*, es decir, que abstrae de su análisis la consideración de elementos fácticos relacionados a problemas o casos concretos, por lo que la carga argumentativa formulada por el accionante debe centrarse en la supuesta contradicción o disonancia entre la norma cuya inconstitucionalidad se acusa y los preceptos constitucionales y del Bloque de Constitucionalidad que se creyeran lesionados; en cuya sustanciación, el Tribunal Constitucional Plurinacional deberá contemplar los aspectos señalados en la SC 0019/2006 de 5 de abril, que ratifica lo enunciado por la SC 0051/2005-R de 18 de agosto (conforme se ha detallado anteriormente, en el punto 3, referido a los alcances del control normativo de constitucionalidad).

En consecuencia y conforme lo prevé el artículo 78.II.1 del CPCo, los efectos de la sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad abstracta, que declare la constitucionalidad de la Ley, Estatuto Autónomo, Carta Orgánica, Decreto, ordenanza y cualquier género de resolución no judicial sometidas a control normativo a través de este

mecanismo, "[...] hace improcedente una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la misma norma, siempre y cuando se trate del mismo objeto o causa y se argumente los mismos preceptos constitucionales impugnados", con lo que se instituye la "cosa juzgada constitucional" que recae únicamente sobre los argumentos desarrollados en la Sentencia Constitucional Plurinacional respectiva.

Por ello es permisible que se formule una nueva acción de inconstitucionalidad contra normas ya demandadas anteriormente, siempre que planteen nuevos cargos que no se tuvieron en cuenta por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme se entendió a través de la jurisprudencia constitucional expresada en la SC 0101/2004, que refiere:

"En atención a la conexitud de la norma impugnada con el art. 133 y la Disposición Transitoria Tercera, ambos del CPP, corresponde, en aplicación del art. 58.IV de la LTC, extender el juicio de constitucionalidad a las indicadas normas precisando que si bien la última de las disposiciones nombradas fue declarada constitucional, y según el art. 58.V, 'La Sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella'; ello no impide someter a la indicada norma a un juicio de constitucionalidad, al ser distinto el fundamento en el que se basó tal análisis; dado que lo que la norma prohíbe es un nuevo examen sobre un mismo fundamento"; aspecto que, además, justifica que el Tribunal Constitucional Plurinacional pueda decidir por la complejidad de una determinada temática, dejar expresamente establecido los alcances de su decisión (Así se afirmó en la SCP 0770/2012, de 13 de agosto).

Más adelante, los numerales del 2 al 5 del referido artículo 78.II del CPCo, respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma sometida a control normativo, señalan que ésta tendrá valor de cosa juzgada y sus fundamentos jurídicos serán de carácter vinculante y general, decantando en su expulsión del ordenamiento jurídico; resultando

que, si la inconstitucionalidad recae sobre el total de una norma legal impugnada, tendrá efecto abrogatorio sobre ella y, si recayera de forma parcial, su efecto será derogatorio de los artículos o parte de éstos, sobre los que hubiera recaído la declaratoria de inconstitucionalidad y seguirán vigentes los restantes; mientras que, la inconstitucionalidad de preceptos conexos o concordantes con la norma legal impugnada deberán ser declarados de forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal.

En este sentido, y respecto a la delimitación de la contrastación de normas que efectúa el Tribunal Constitucional Plurinacional, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1714/2012, de 1 de octubre, estableció que en el ámbito del control normativo de constitucionalidad el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra facultado para realizar el examen de constitucionalidad, no sólo de las normas legales denunciadas de inconstitucionales por el accionante, sino también de aquellas normas conexas con la norma o normas objeto de control de constitucionalidad. Esta facultad se encontraba prevista en el artículo 108 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (actualmente derogado), que señalaba: "El Tribunal Constitucional Plurinacional podrá conocer de forma conexa normas contrarias a la Constitución Política del Estado, directamente vinculadas con la norma objeto de control de constitucionalidad".

Similar facultad se encuentra conferida en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional (CPCo), cuando establece que la sentencia podrá declarar: "II.2 La inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada, que deberán ser referidos en forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal". Asimismo, el artículo 77 del mismo Código establece que: "El Tribunal Constitucional Plurinacional fundará la sentencia de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en la acción interpuesta".

J. La falta de fundamentación jurídico constitucional que determine cómo la norma demandada de inconstitucionalidad vulnera preceptos constitucionales

Sobre este aspecto, la SCP 0969/2013 de 27 de junio precisó lo siguiente:

Se debe señalar que al interponerse una acción de inconstitucionalidad, cuyo objeto es que se declare una norma específica inconstitucional por ser supuestamente contraria a la Constitución Política del Estado y así la misma sea expulsada del ordenamiento jurídico vigente, no sólo basta con señalar cuál es la norma constitucional o normas constitucionales que supuestamente son vulneradas por la norma demandada de inconstitucional, ya que dicho aspecto por sí mismo no es causal para que este Tribunal pueda ingresar a realizar la contrastación correspondiente, debiendo cumplirse en todo caso los requisitos exigidos, toda vez que se debe fundamentar la misma, justificando la importancia de la decisión que se vaya a tomar en el caso concreto, éste entre otros aspectos fueron recogidos en la jurisprudencia constitucional, como por ejemplo, en el AC 0193/2012-CA de 6 de marzo, que señaló: ‘...supondrá que no existe ninguna norma objetada que implique la vulneración de un derecho fundamental; asimismo, si no se especifica el precepto constitucional supuestamente infringido, como exige el inc. 2) del mismo artículo, no podrá establecerse si existe o no contradicción entre la norma impugnada y el texto constitucional, determinando ambas imprecisiones la falta de base legal del recurso.

Por último, la ausencia de fundamentación, que es un elemento exigido por el inc. 3) de la norma citada, impedirá conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina el recurso’; entendimiento que fue complementado con la SC 0045/2004 de 4 de mayo, al establecer que: ‘...La expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas

constitucionales que se considera estarían siendo infringidas (...) también es imprescindible que se exprese y justifique en qué medida la decisión que debe adoptar el Juez o Tribunal depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada'; vale decir que la inobservancia de estos requisitos hace inviable el ejercicio de un verdadero control de constitucionalidad y determina el rechazo del recurso.

En el mismo sentido, la SCP 0047/2015 de 26 de marzo, a tiempo de precisar la importancia de este presupuesto, señaló:

El art. 24.I.4 del Código Procesal Constitucional (CPCo) dispone que las acciones de inconstitucionalidad deberán contener: "...la identificación de la disposición legal y las normas impugnadas, así como las normas constitucionales que se consideren infringidas, formulando con claridad los motivos por los que la norma impugnada es contraria a la Constitución Política del Estado"; tal antecedente legal que es plenamente compatible con el texto de la Constitución Política del Estado nos permite advertir que para considerar las acciones de inconstitucionalidad se debe establecer una clara y suficiente fundamentación, precisamente sobre la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, es decir, que tales fundamentos deben cumplir con determinados requisitos, como el determinar el por qué la norma impugnada vulnera principios, valores o derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental y la vinculación directa entre la norma impugnada y el precepto constitucional presuntamente vulnerado, cuya carga argumentativa debe ser lo suficientemente racional, suficiente y sólida para que genere convicción al Tribunal Constitucional Plurinacional de que tales normas deben ser sometidas a un test de compatibilidad con el texto de la Norma Suprema, el no lograr tal objeto inviabiliza la posibilidad de que la jurisdicción constitucional pueda pronunciarse sobre el fondo de lo solicitado.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la SCP 0538/2013 de 8 de mayo, al respecto establece que: "Se debe señalar que al interponerse una

acción de inconstitucionalidad, cuyo objeto es que se declare una norma específica inconstitucional por supuestamente contraponerse a la Constitución Política del Estado y así la misma sea expulsada del ordenamiento jurídico vigente, no sólo basta con precisar cuál es la norma constitucional o normas constitucionales que supuestamente son vulneradas por la norma demandada de inconstitucional, ya que dicho aspecto por sí mismo, no es causal para que este Tribunal Constitucional Plurinacional pueda ingresar a realizar la contrastación correspondiente, debiendo cumplirse en todo caso los requisitos exigidos, toda vez que se debe fundamentar la misma, por lo que al respecto de la fundamentación, la jurisprudencia constitucional, a través del AC 0193/2012-CA de 6 de marzo estableció: '(...) Por último, la ausencia de fundamentación, que es un elemento exigido por el inc. 3) de la norma citada, impedirá conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina el recurso"; entendimiento que fue complementado con la SC 0045/2004 de 4 de mayo, al establecer que: "La expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas constitucionales que se considera estarían siendo infringidas [...]".

En este contexto, en aplicación de la jurisprudencia antes descrita, la expresión de fundamentos jurídico constitucionales, al momento de promover una acción de inconstitucionalidad concreta, constituye un requisito esencial para que el Tribunal Constitucional Plurinacional ingrese al análisis de fondo y efectúe el control de constitucionalidad que se demanda y que precisa para su análisis y resolución de la existencia de la necesaria carga argumentativa, expuesta por quien activa la acción de inconstitucional y basada en razonamientos constitucionales que sean suficientes para establecer una duda razonable sobre la adecuación de la norma demandada a los valores, principios y normas de la Norma Suprema y haga justificable un examen de los mismos, a efecto de verificar si la norma impugnada está en correspondencia o no con la Constitución Política del Estado.

A este efecto, resulta pues imprescindible que al interponerse una acción de inconstitucionalidad, cuyo objeto es que se declare inconstitucional una norma específica por supuestamente contraponerse a la Constitución Política del Estado y se la expulse del ordenamiento jurídico vigente, no sólo basta precisar cuál es la norma constitucional o normas constitucionales que supuestamente son vulneradas por la norma demandada de inconstitucional, ya que dicho aspecto por sí mismo no es causal para que el Tribunal pueda ingresar a realizar la contrastación correspondiente, sino que deben cumplirse en todo caso los requisitos exigidos, expuestos precedentemente; entre ellos, la exposición de una debida fundamentación, por cuanto la ausencia de ésta impide conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina el recurso; de donde resulta que la expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas constitucionales que se considera estarían siendo infringidas, sino que resulta determinante la explicación de la forma en que las normas demandadas incurren en aquella supuesta vulneración (*Cfr.* Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0033/2017, de 21 de agosto).²¹

²¹ Esta misma Sentencia Constitucional, a tiempo de realizar el test de constitucionalidad de una norma impugnada en una Acción de Inconstitucionalidad Concreta, en su *ratio decidendi* estableció lo siguiente: "Dicho de otra forma, la accionante se limita a señalar preceptos de la Constitución Política del Estado sobre derechos y principios que estima vulnerados; empero, no efectúa ejercicio argumentativo alguno, respecto a la forma en que la disposición reglamentaria impugnada lesiona tales derechos y artículos, y de qué manera su aplicación afectaría en la resolución final de su procesamiento, más aún cuando únicamente expresa que 'la norma cuestionada de inconstitucionalidad asume una relevancia en la decisión del proceso, porque está siendo juzgada mediante una reglamentación que tiene carencia de plazos procesales, de manera que se le obliga a aceptar las reglas dispuestas por el juzgador; consiguientemente, la Resolución que emita el Órgano Electoral será igualmente inconstitucional, ilegal, ilegítima, arbitraria e injusta', sin establecer específicamente, en qué medida la decisión que debe adoptar el Tribunal Supremo Electoral depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición reglamentaria impugnada, omisión que imposibilita encontrar relevancia constitucional alguna para ingresar al análisis de fondo conforme a los razonamientos glosados en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, en el que de manera clara se estableció que la expresión de fundamentos jurídico constitucionales, al momento de promover una acción de inconstitucionalidad concreta, constituye un requisito esencial para que el Tribunal Constitucional Plurinacional ingrese al análisis de fondo y efectúe el control o test de constitucionalidad; en tal sentido, al ser los fundamentos jurídico constitucionales la expresión razonada de argumentos constitucionales que sean suficientes para

K. Clases de Inconstitucionalidad en las Sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional

11.1. Inconstitucionalidad por la forma o por el fondo

Como se ha podido ver, el objeto de la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta es el texto normativo de la disposición legal impugnada, cuyo origen o contenido material puede desconocer los valores supremos y principios fundamentales (parte axiológica), los derechos y garantías constitucionales (parte dogmática), o las demás normas orgánicas contenidas en la Constitución, que además le otorgan validez dentro del ordenamiento jurídico del Estado.

Al respecto, cabe tener presente que la jurisprudencia constitucional, a través de la Sentencia Constitucional N° 0009/2003 de 3 de febrero, ha precisado:

Que, este Tribunal, conforme a la doctrina del Derecho Constitucional, ha establecido en su jurisprudencia que una norma puede ser inconstitucional por la forma o por el fondo. En el primer caso cuando en su elaboración, sanción y promulgación se infringe el procedimiento legislativo previsto en la Constitución; y en el segundo cuando su contenido es el que vulnera los mandatos de la Ley Fundamental.²²

establecer una duda razonable sobre la adecuación de la norma demandada, a los valores, principios y normas de la Ley Fundamental, y haga justificable un examen de los mismos, a efecto de verificar si la norma impugnada se encuentra en correspondencia o no con la Norma Suprema, la accionante, al no haber observado este requisito, no ha logrado establecer un argumento sólido que pueda generar duda razonable sobre la constitucionalidad del artículo 45 del Reglamento para Campaña y Propaganda Electoral en Referendo, que permita a este Tribunal adquirir la suficiente convicción de que tal disposición reglamentaria amerite su contrastación con preceptos constitucionales presuntamente lesionados."

²² El entendimiento anterior fue asumido por el Tribunal Constitucional Plurinacional, al señalar que: "...la declaratoria de inconstitucionalidad, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia constitucional, se efectuará por el fondo o por la forma, en este último caso, el control de constitucionalidad consiste en efectuar un análisis desde el origen de la norma, si el órgano emisor es competente para emitir la ley, si se imprimió el procedimiento legislativo previsto por la Constitución Política del

Así se ha entendido a partir de la SC 082/2000 de 14 de noviembre que dice: "[...] conforme lo ha precisado la doctrina constitucional, una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o por autoridad no establecida por la Constitución para tal efecto. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidos por el texto constitucional contiene normas que son incompatibles con los principios y normas de la Constitución Política del Estado".²³

Estado para la formación de una ley, sea desde su elaboración, aprobación, promulgación y publicación. Dicho de otro modo, implica determinar la validez en la formación y aprobación de la ley" (Sentencia Constitucional Plurinacional 0336/2012, de 18 de junio). Línea jurisprudencial reiterada por la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0686/2012, de 2 de agosto. Por su parte, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2139/2012, de 8 de noviembre, expuso entre sus fundamentos jurídicos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad formal del Decreto Ley (DL) 12760 de 6 de marzo de 1975 (que aprobó el Código Civil), a cuyo efecto, hizo referencia a lo dispuesto en la SC 0024/2004 de 16 de marzo, por la cual se decidió declarar la constitucionalidad temporal del artículo 138 del CC, aprobado por el DL 12760, con una vigencia de cinco años, a partir de la citación con la mencionada Sentencia Constitucional, y se exhortó al Órgano Legislativo para que en dicho plazo subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo la conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedaría expulsada del ordenamiento jurídico al término antes señalado. Bajo ese contexto jurisprudencial, la citada SCP 2139/2012 precisó que: "Teniendo en cuenta lo anteriormente aseverado, el plazo de cinco años, que venció en 2009, sin que el anterior Poder Legislativo ni el actual Órgano Legislativo hayan subsanado o enmendado tal situación, a pesar de existir una Sentencia Constitucional, que claramente les exhortó la referida tarea, por lo que, el Poder y el Órgano Legislativo incumplieron reiteradamente lo dispuesto por la jurisdicción constitucional, a pesar de que sus fallos son de naturaleza vinculante y obligatoria, aspecto que genera responsabilidades por incumplimiento de deberes constitucionales"; y en su parte resolutoria, luego de declarar la CONSTITUCIONALIDAD del parágrafo I del artículo 564 del Código Civil, aprobado por Decreto Ley 12760 de 6 de marzo de 1975, con vigencia temporal de cinco años a partir de la citación de la Sentencia, dispuso nuevamente lo siguiente: "EXHORTA al Órgano Legislativo para que en el plazo previamente establecido subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedará definitivamente expulsada del ordenamiento jurídico al vencimiento del término señalado" (Línea jurisprudencial reiterada en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1230/2017-S1, de 28 de diciembre). Sin embargo, la exhortación a la Asamblea Legislativa no fue cumplida sino hasta la aprobación de la Ley N° 1071 de fecha 18 de junio de 2018, que en su artículo 1° dispuso: "Se eleva a rango de Ley, el Código Civil aprobado mediante Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975"; y en su artículo 2° declaró que quedan vigentes las modificaciones o derogaciones expresas a disposiciones específicas de la citada norma, anteriores a la promulgación de dicha Ley, cuando éstas guarden conformidad con la Constitución Política del Estado.

²³ Esta distinción se basa en la premisa sentada por el jurista vienés Hans Kelsen, cuando sostiene que: "[...] la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento

Que, en un Estado Democrático de Derecho, el procedimiento legislativo que da validez constitucional a una Ley material no se reduce a las diferentes fases o etapas que el legislador debe seguir para la formación de una Ley, desde la presentación del proyecto hasta la promulgación y publicación, que en el Sistema Constitucional boliviano están previstas en el Título IV, Parte Segunda, Capítulo V, arts. 71 al 81 de la Constitución, al contrario comprende también las condiciones de validez del acto legislativo, es decir, que el órgano emisor de la Ley sea competente y desarrolle el procedimiento de elaboración de una determinada Ley, como en el presente caso, en el marco de las normas previstas para su legal funcionamiento".

11.2. Inconstitucionalidad por omisión

En la Sentencia Constitucional N° 0066/2005, de 22 de septiembre, (cuyo Magistrado relator fue el Dr. Willman Durán Ribera), se analizó un recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad planteado por diputados nacionales, con la finalidad de someter al control de constitucionalidad el artículo 88 de la Ley Electoral vigente en ese entonces, por haber entrado, por *omisión legislativa*, en contradicción con los preceptos y principios que emergían del artículo 60.VI de la CPE (actualmente abrogada).

En aquella oportunidad, le correspondió fundamentar por vez primera acerca de la *competencia del Tribunal Constitucional para conocer recursos de inconstitucionalidad por omisión normativa*; al efecto señaló que el control de constitucionalidad que la Norma Fundamental del país le encomienda al Tribunal Constitucional está referida a la sujeción, por parte

en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala". Cfr. Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre 2008, Número 10, pp. 3-46. Una versión digital de este texto de consulta indispensable también ha sido publicada en la página del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Número 15, 2011, pp. 249-300. Disponible en: «<https://bit.ly/31rmnFP>».

del legislador, a las normas, principios y valores de la Constitución, tanto en el proceso de creación de las normas, como sobre el contenido de las mismas.

Esto significa —sostenía Durán Ribera— que cuando el legislador no desarrolla el instituto constitucional que de manera precisa y concreta le impone la Constitución o desarrolla el mismo de manera deficiente o incompleta, de tal manera que el mandato constitucional se torne ineficaz o de imposible aplicación por causa de la omisión o insuficiente desarrollo normativo, el Tribunal Constitucional tiene atribuciones para hacer el enjuiciamiento de constitucionalidad de tales actos; disponiendo, en su caso, que el legislador desarrolle la norma constitucional que de manera obligatoria y concreta le impone la Constitución, lo que no puede darse cuando se trata de normas constitucionales programáticas. Consiguientemente, corresponde establecer si el precepto constitucional denunciado como vulnerado por el legislador ordinario contiene un mandato expreso al legislador para que desarrolle tal enunciado constitucional.

Posteriormente, y con mayor precisión al entendimiento anterior, en la Sentencia Constitucional N° 0032/2006, de 10 de mayo, se estableció que:

Se alude a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta. En otras palabras, este tipo de inconstitucionalidad sobreviene cuando el órgano que, conforme a la Constitución Política del Estado, debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo; o, más claramente, la inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un largo periodo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.

Conforme sostiene José Julio Fernández Rodríguez ("La Inconstitucionalidad por Omisión", Civitas, Madrid, 1998, pág. 31), todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar todas

las materias que son objeto de tratamiento, no sólo por razones fácticas o de conveniencia política, sino, y especialmente, por motivos de orden técnico relativos a la función de la Constitución Política del Estado y a la metodología de su elaboración. Los constituyentes recogen una serie de aspiraciones y anhelos del pueblo, un conjunto de valores e ideas que se traducen en un determinado contenido material en la Ley Suprema. Esta labor tiene como resultado una Constitución Política del Estado integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. La aludida imposibilidad fáctica y las exigencias de técnica legislativa dan lugar a que el legislador ordinario asuma la necesidad de desarrollar determinados preceptos del Texto Fundamental para, de esa manera, asegurar la eficacia del proyecto constitucional y la concreción del mismo.

El primer efecto de esta situación es la aparición en el articulado de la Ley Fundamental, de una serie de normas que generan la concreta obligación de ser desarrolladas por el legislador ordinario para tender a la eficacia plena. Tales normas son los encargos al legislador que no son meras proposiciones declarativas sino que constituyen verdaderas normas jurídicas que necesitan conectarse con otras para originar su efectividad.

Sin embargo, se debe discriminar entre las diferentes normas que integran la Ley Suprema para ver en qué casos se puede producir la omisión inconstitucional, pues no todos los preceptos que integran el Texto Básico poseen el mismo carácter, la misma naturaleza, ni tienen que ser necesariamente desarrollados por el legislador ordinario, dado que algunas de ellas deben ser aplicadas en forma inmediata sin disposición inferior que las reglamente, regule o desarrolle. [...] (Cfr. Sentencia Constitucional N° 0042/2006, de 31 de mayo).

Recientemente, la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0028/2017, de 21 de julio, se ha referido entre sus fundamentos jurídicos a la *inconstitucionalidad por omisión normativa* y ha hecho una síntesis del desarrollo que ha tenido la jurisprudencia constitucional existente en esta materia.

Así, la Sentencia señala que el control normativo de constitucionalidad correctivo o posterior también contempla la posibilidad de establecer la compatibilidad o incompatibilidad de la norma con la Constitución Política del Estado, por la vía de inconstitucionalidad por omisión normativa, situación que se da por el incumplimiento del legislador a un mandato constitucional concreto de desarrollar o emitir una norma jurídica infraconstitucional, así como también se da cuando existe un vacío legal o una regulación incompleta de un instituto, lo que origina la ineficacia de una norma.

En lo referido a este campo de la inconstitucionalidad por omisión, la evolución de la jurisprudencia²⁴ del Tribunal Constitucional Plurinacional se ha dado en las siguientes fases:

- a) La SC 0009/2004 de 28 de enero, reiterada por la SC 0018/2004-R de 2 de marzo, consideró a la omisión normativa como causal de inconstitucionalidad, porque la modificación de una parte de un precepto legal devino en la lesión de derechos y garantías procesales;
- b) La SC 0066/2005 de 22 de septiembre establece que cuando el legislador no desarrolla el instituto constitucional de manera precisa y concreta o realiza un desarrollo deficiente o incompleto,

²⁴ Respecto al reconocimiento jurisprudencial de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, cabe señalar que en la Declaración Constitucional N° 06/2000, emitida respecto a una Consulta sobre la Constitucionalidad de un Proyecto de Ley, realizada por el entonces Presidente Nato del Congreso, Jorge Quiroga Ramírez, en el año 2000, el Tribunal Constitucional determinó la inconstitucionalidad por omisión del párrafo tercero del artículo 25 y del párrafo segundo del inciso n) del artículo 29 del Proyecto de Ley N° 016/00-01, objeto de la consulta. Posteriormente, la Sentencia Constitucional N° 52/2002 resolvió un Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad interpuesto por la entonces Defensora del Pueblo, Ana María Romero de Campero, en el que demandaba la inconstitucionalidad del artículo 119 párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto del Código Electoral, modificado por Ley 2282, de 4 de diciembre de 2001. En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad por omisión de la frase "por el tiempo que determine la Corte Nacional Electoral" del párrafo quinto del artículo 119 de la Ley 2282 de 4 de diciembre de 2001. Estos y otros antecedentes se encuentran ampliamente detallados en el trabajo de: Gamarra Pérez, Rubén Alejandro, "La inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano. *Fides et Ratio*", en *Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia*, Bolivia, número 7, 2014, pp. 25-49. Disponible en: «<https://bit.ly/3fTni6s>».

siempre que no se trate de normas constitucionales programáticas, la justicia constitucional verificará que el mandato se tornó ineficaz o de imposible aplicación por causa de la omisión o insuficiente desarrollo normativo y, por consiguiente, realizará el juicio de constitucionalidad de tales actos;

- c) La SC 0032/2006 de 10 de mayo estableció que: "Se alude a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta. (...) consiste en la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un largo periodo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación";
- d) La SC 0039/2006 de 22 de mayo estableció que existe inconstitucionalidad por omisión legislativa cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo y éste no lo hace; y, por tanto, la inconstitucionalidad por omisión normativa: "(...) se da por una deficiente o incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de una norma constitucional (...)", con esto aclara que la norma constitucional que resultare ineficaz debe ser programática; es decir, que requiere de desarrollo legislativo, mientras que las normas constitucionales preceptivas u operativas son aplicables por sí solas, sin necesidad de ningún desarrollo legal, por ser inherentes a la fuerza normativa de la Constitución;
- e) En progresión, la SC 0081/2006 de 18 de octubre identificó las dos dimensiones de la inconstitucionalidad por omisión, entendida como legislativa cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace y, normativa, porque el legislador emite una ley de desarrollo deficiente e incompleta que origina la ineficacia de una norma constitucional, pero, además, precisó que en ambos casos: "[...] es necesario que exista un mandato del constituyente para el desarrollo legal de una norma constitucional; es decir, debe existir una norma que le imponga al Poder Legislativo la obligación de desarrollar el precepto a través de una Ley"; y,

f) Con la vigencia de la Constitución de 2009, la SCP 0117/2013 de 1 de febrero estableció que la Ley Fundamental determina mandatos concretos al legislador, que constituyen verdaderas normas jurídicas que obligan al cumplimiento del desarrollo normativo, así la SCP 0139/2013 de 6 de febrero desarrolló, estructuró y clarificó el instituto ya señalado, por lo que, si se sigue esa nomenclatura, podemos expresar el catálogo de las distintas clases de inconstitucionalidad:

- 1) *Por la forma*, cuando se produce una infracción o incumplimiento del procedimiento previsto por la norma fundamental para su elaboración; 2) *Por el fondo*, cuando se suscita una infracción o incompatibilidad de las normas establecidas en la Constitución con las normas insertas en la disposición legal sometida a control de constitucionalidad; 3) *Por omisión*, cuando se produce un incumplimiento del legislador a un mandato constitucional permanente y concreto, en cuyo caso puede ser omisión normativa o legislativa en los términos antes señalados, con expresa aclaración de que: "[...] no se trata de un no hacer sino de un no hacer expresamente previsto [...]"; y, 4) *Sobreviniente*, que puede darse en dos situaciones; por incompatibilidad que opera ante una eventual reforma de la Norma Suprema a lo que habría que agregar que, además, la omisión sobreviniente también puede darse en una situación no prevista en la aplicación de la norma.

Finalmente, cabe señalar que la referida SCP 0139/2013 descarta las omisiones o vacíos legislativos absolutos derivadas del incumplimiento de un deber de acción previsto por la Constitución Política del Estado y, consiguientemente, también expresa la imposibilidad de efectuar el control de constitucionalidad con relación al vacío jurídico, puesto que todo control de constitucionalidad requiere la existencia de una norma para efectuar el control constitucional respectivo.

De ahí que la falta de adecuación a lo establecido en la Constitución vigente, traducido en una inconstitucionalidad, conforme al entendimiento uniformemente adoptado por el Tribunal Constitucional Plurinacional, permite el juicio de constitucionalidad de toda norma jurídica, incluida la ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, con lo que deviene la inconstitucionalidad por incumplimiento del legislador a un mandato constitucional permanente y concreto, a tiempo de emitir una norma jurídica infraconstitucional deficiente o con incompleta regulación de un instituto, lo que origina la ineficacia de una norma constitucional.

11.3. Inconstitucionalidad sobreviniente

En algunos casos la inconstitucionalidad puede producirse a consecuencia de una reforma constitucional, o también cuando se cambia íntegramente las bases fundamentales de una Constitución para poner en vigencia una nueva; entonces —como bien precisa el profesor Rivera—, esta inconstitucionalidad consiste básicamente en la incompatibilidad de la disposición legal, que se produce como consecuencia de la reforma de la Constitución, el cambio de la condición de su validez constitucional, o el cambio de los criterios interpretativos por el transcurso del tiempo como consecuencia del cambio de la realidad social, económica y política. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el control o test de constitucionalidad debe realizarse necesariamente en el marco de la Constitución Política del Estado vigente.

En este sentido, y con el propósito de ingresar al análisis de un caso en que se cuestionó la constitucionalidad de una norma preconstitucional (es decir, puesta en vigencia con anterioridad a la Constitución vigente), el Tribunal Constitucional Plurinacional precisó que si bien al momento de emitirse la disposición legal impugnada de inconstitucional, se encontraba en vigencia otra Constitución Política del Estado; empero, al tratarse de una *inconstitucionalidad sobreviviente*, el test de constitucionalidad debe ser efectuado conforme a la Constitución Política del Estado vigente. En ese sentido, la SC 0039/2010 de 20 de septiembre señaló:

"[...] tratándose específicamente de las acciones de inconstitucionalidad, el juicio o test de constitucionalidad debe ser realizado con la Constitución Política del Estado vigente, así se trate de normas jurídicas o resoluciones de contenido normativo dictadas con anterioridad a su vigencia, es decir nacidas a la vida jurídica bajo el anterior régimen constitucional" (las negrillas son nuestras).

Dicho razonamiento ratifica el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en la SC 0021/2005 de 21 de marzo, cuando se analizaba la constitucionalidad de una Ley de 7 de octubre de 1868, habiéndose señalado en aquella oportunidad lo siguiente: "...se debe aclarar enseguida, que el presente se trata de un caso de inconstitucionalidad sobreviniente, en el que se debe analizar la constitucionalidad de una norma promulgada con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución, para establecer si es o no compatible con ésta, por lo que no es posible el planteamiento de la autoridad que promovió el recurso de realizar el juicio de constitucionalidad respecto a la Constitución de 1868, sino que debe serlo a la luz de la Constitución vigente".

Dicho entendimiento jurisprudencial señala con claridad que en los casos en los que se cuestiona la inconstitucionalidad de una norma, sea ésta Ley, Estatuto Autonómico, Carta Orgánica, Decreto y todo género de Ordenanza y Resolución no judicial, emitida con anterioridad a la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado, el test de constitucionalidad debe ser efectuado desde y conforme al nuevo orden constitucional y no al vigente al momento de la emisión de la norma impugnada de inconstitucional (*Cfr.* Sentencia Constitucional Plurinacional 0790/2012, de 20 de agosto. Entendimiento jurisprudencial reiterado por la SCP 0787/2013, de 10 de junio, entre otras).

L. La fuerza vinculante de la Jurisprudencia Constitucional

La vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales constituye uno de los Principios Procesales de la Jurisdicción Constitucional, además de ser su característica principal, y básicamente significa que las resoluciones

o sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional obligan a todas las autoridades, funcionarios públicos en general y a las personas particulares a cumplirlas, de manera que son de obligatoria observancia e inexcusable cumplimiento. Esta situación, en criterio de José Antonio Rivera Santiviáñez, tiene su base y fundamento en la fuerza de la *cosa juzgada constitucional* que le otorga el Constituyente a las sentencias pronunciadas por la Jurisdicción Constitucional, y actualmente la norma prevista por el artículo 203 de la Constitución boliviana, en su última parte, consagra expresamente la cosa juzgada constitucional, al disponer que *contra las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional no cabe recurso ordinario ulterior alguno*.²⁵

²⁵ En el marco del principio de la seguridad jurídica que debe regir en un Estado Constitucional de Derecho, el artículo 203 de la CPE dispone que: "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno", por lo que en consecuencia se otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a los pronunciamientos de esta jurisdicción, sea en acciones tutelares, concediendo o denegando la tutela invocada y en las de control normativo declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una determinada disposición legal. En el mismo sentido el artículo 15 del CPCo, establece: "Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional [...]". Al respecto, la SCP 2118/2012 de 8 de noviembre sostuvo: "Complementando el entendimiento asumido en la referida SCP 0173/2012, es necesario aclarar que existen casos en los cuales se declaró la improcedencia sin ingresar al análisis de fondo del asunto, en los cuales no es posible intentar una nueva acción de amparo constitucional por ser la causa de improcedencia de carácter definitivo, así por ejemplo, cuando se deniega la acción por inmediatez, porque cesó el acto, por actos consentidos y en el caso de subsidiariedad, cuando las partes no hicieron uso de los recursos ordinarios en su oportunidad, a pesar de no existir un pronunciamiento del fondo de la problemática planteada, no es posible volver a intentar una nueva acción y que el Tribunal vuelva a emitir un nuevo pronunciamiento, por cuanto en estos supuestos ya se estableció una causal de improcedencia que es de carácter definitivo y así se interpongan otra vez nuevas acciones, la situación de la causal que determinó la improcedencia no cambiará y por ende merecerá un pronunciamiento similar. Esto significa que al haberse interpuesto por segunda vez la acción de amparo constitucional con identidad en los elementos de sujeto, objeto y causa, considerando el principio de cosa juzgada constitucional, la decisión asumida como efecto de la interposición del primer amparo constitucional, causa estado y adquiere la calidad de cosa juzgada, pues si el primer amparo fue denegado por cesación del acto reclamado, por inmediatez, por haberse consentido en el acto o porque el accionante no hubiera hecho uso de los recursos ordinarios en su oportunidad dejando precluir ese derecho, son situaciones definitivas que ya no pueden ser revertidas y por ende, si el Tribunal ya denegó por una de esas causales, existe cosa juzgada constitucional, quedando en consecuencia impedido de emitir un nuevo pronunciamiento sobre algo que ya fue sometido a su conocimiento y sobre lo cual ya se pronunció". En consecuencia y teniendo presente que el proceso constitucional concluye con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, que constituye cosa juzgada constitucional material, no es posible que mediante otra acción de similar naturaleza se promueva una nueva acción y por ende otra resolución de este órgano, cuando sobre el mismo

Ello permite establecer que el sistema de control de constitucionalidad en Bolivia se cierra con el pronunciamiento definitivo (de última instancia) e incontrovertible (sin posibilidad de recurso ulterior) que asuma el Tribunal Constitucional Plurinacional en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, con el respaldo de la *cosa juzgada constitucional*, y se debe tener en cuenta que a nivel doctrinal se reconocen dos categorías: *i) la cosa juzgada constitucional explícita*, constituida por la parte resolutive de la sentencia constitucional, lo que también se conoce como el *decisum*; y, *ii) la cosa juzgada constitucional implícita*, constituida por la parte de la sentencia constitucional que consigna los fundamentos jurídicos que guarden unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no se pueda entender ésta sin hacer referencia a aquélla, lo que también se conoce como *ratio decidendi* (razón de la decisión). De ahí que la cosa juzgada constitucional alcanza tanto al *decisum* o parte resolutive, como a la *ratio decidendi* o razón de ser de la sentencia constitucional, en la que se consigna la doctrina constitucional y las subreglas creadas a través de la interpretación constitucional. En consecuencia, al operarse la cosa juzgada material, la sentencia, en su parte de la *ratio decidendi*, adquiere la fuerza vinculante y, en su parte resolutive, el *carácter obligatorio*.²⁶

De manera que, en el sistema constitucional boliviano, la jurisprudencia constitucional que sea desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional se constituye en una fuente directa del Derecho Constitucional en general, y del Derecho Procesal Constitucional en particular; por lo mismo, es vinculante para todos los jueces, tribunales y autoridades públicas.

Es necesario hacer notar que el tema del carácter vinculante de las resoluciones del órgano contralor de la constitucionalidad siempre fue el principal motivo de discordia y repudio de que ha sido objeto el Tribunal

objeto y causa, en el fondo ya se resolvió en revisión (Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional Número 0377/2013, de 25 de marzo de 2013).

²⁶ Cfr. Rivera Santiviáñez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia*, op. cit., pp. 89-90.

Constitucional en Bolivia, en razón de la incompreensión de las autoridades en el ámbito político y en la jurisdicción ordinaria, respecto de la naturaleza jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional y su calidad de *supremo intérprete* de la Constitución, que el constituyente le había asignado implícitamente al momento de crearlo e incorporarlo para tal efecto en el sistema constitucional boliviano.²⁷ Por esta razón, resulta indispensable repasar algunas nociones generales respecto a la jurisprudencia constitucional y el fundamento de su fuerza vinculante.

A) Nociones generales sobre la Jurisprudencia Constitucional

De manera general se puede señalar que la jurisprudencia constitucional es *la doctrina que establece el Tribunal Constitucional* —ahora Plurinacional—, como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, *al interpretar y aplicar la Ley Fundamental, así como las leyes, desde y conforme a la Constitución, cuando resuelve un caso concreto sometido a su conocimiento, creando "sub reglas" o normas adscritas, a partir de la extracción de normas implícitas contenidas en la misma Constitución, o en su caso, a través de la integración o interrelación de las normas constitucionales existentes.*²⁸

En sentido estricto, la jurisprudencia constitucional es aquella parte de la Sentencia Constitucional en la que se concretiza el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un supuesto

²⁷ Así por ejemplo, es ilustrativo recordar el debate llevado a cabo en la Audiencia Pública de fecha 19 de mayo de 2004, convocada por la Comisión Mixta de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, etc., y suscitado en ocasión del *Proyecto de Ley de Modificación del párrafo I del Artículo 44 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC)*, presentado en aquella época ante el entonces H. Congreso Nacional, por el representante de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). Por la importancia del tema, algunas de las argumentaciones expuestas en el debate público, sostenido por los entonces Presidentes de ambas instancias jurisdiccionales, fueron transcritas en el libro de mi autoría: Vargas Lima, Alan Elliot, *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y Limitaciones Normativas*, La Paz, Bolivia, Ediciones El Original, 2012.

²⁸ *Cfr.* Rivera Santiváñez, José Antonio, "La Jurisprudencia Constitucional y su fuerza vinculante", en *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, p. 281.

de hecho concreto, a partir de una de sus cláusulas de carácter general o indeterminado. Ahora bien, de acuerdo a la doctrina del Derecho Judicial, convencionalmente se pueden identificar dos categorías de jurisprudencia: la jurisprudencia indicativa; y la jurisprudencia precedencial (o de los precedentes obligatorios).

i) La jurisprudencia indicativa, conocida también como jurisprudencia conceptual, está constituida por aquellas partes de la Sentencia Constitucional en la que se consignan los conceptos y definiciones sobre determinadas instituciones jurídicas. De ahí que la aplicación de esta jurisprudencia es opcional, dado que no tiene fuerza vinculante; por lo mismo, para su aplicación a casos posteriores no exige de la concurrencia de supuestos fácticos análogos, ya que cada caso nuevo se resuelve de conformidad con la Ley y el concepto jurídico común anteriormente definido.

ii) La jurisprudencia precedencial, o de los precedentes obligatorios, está constituida por aquellas partes de la Sentencia Constitucional en las que el Tribunal Constitucional consigna las "sub reglas" o *normas adscritas*,²⁹ que dan concreción normativa a las cláusulas abstractas o generales que tienen las normas de la Constitución o las leyes ordinarias, y señalan el

²⁹ Respecto a las sub reglas o normas adscritas que pueden encontrarse consignadas en la jurisprudencia constitucional, cabe considerar que según la doctrina del Derecho Judicial las "sub reglas" o normas adscritas son aquellas consideraciones normativas o formulaciones jurídicas que permiten aplicar el Derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, específicas y precisas que en una lectura gramatical de la disposición constitucional o legal ordinaria están ausentes. En este sentido, "las normas adscritas o sub reglas constitucionales son formuladas por el Tribunal Constitucional a partir de la interpretación constitucional de una norma de la Constitución aplicando los principios de interpretación sistematizada, de concordancia práctica y de la eficacia integradora; de manera que luego de desarrollar la labor hermenéutica, extrae de la norma implícita que conlleva una determinada disposición de la Constitución, la norma adscrita o sub regla, aplicando el argumento *a contrario sensu*, determinando aquello que permite, obliga, manda o prohíbe la norma constitucional interpretada. Son denominadas normas adscritas o sub reglas porque son consideraciones normativas expuestas por el Tribunal Constitucional para resolver el caso concreto, que conlleva reglas de conducta, mandatos imperativos sobre el modo o forma en que debe entenderse o aplicarse la norma constitucional interpretada, o la norma legal ordinaria interpretada desde y conforme a la Constitución (...)". Cfr. Rivera Santiviáñez, José Antonio, "La Jurisprudencia Constitucional y su fuerza vinculante", en *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, p. 285.

sentido normativo a partir de su interpretación, integración o interrelación. En otras palabras, son aquellas consideraciones de carácter normativo expresadas por el Tribunal Constitucional al resolver un caso concreto.

Este tipo de jurisprudencia se constituye en un *precedente obligatorio*, toda vez que al consignar una *sub regla* o *norma adscrita* adquiere una fuerza gravitacional para la decisión de un caso nuevo que tenga supuestos fácticos análogos, de manera que obliga horizontalmente al propio Tribunal Constitucional y verticalmente a los tribunales y jueces inferiores en la jerarquía jurisdiccional.

B) La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional

De acuerdo a lo explicado, la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se refiere a la obligatoriedad *horizontal* (para el propio Tribunal o Corte Constitucional o Tribunales ordinarios de su misma jerarquía) y *vertical* (para los jueces y tribunales de jerarquía inferior) que despliega la parte de la *ratio decidendi* de una Sentencia Constitucional. Ello implica que la doctrina constitucional creada, es decir, las *sub reglas* o normas adscritas creadas al extraer las normas implícitas de la Constitución o al integrar normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del Órgano Judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos, según lo establecido en la Sentencia Constitucional N° 0186/2005-R, de 7 de marzo de 2005.

De acuerdo al criterio del destacado constitucionalista boliviano José Antonio Rivera Santiviáñez, la doctrina contenida en la jurisprudencia constitucional se constituye en el *precedente obligatorio*, dada la fuerza vinculante de la jurisprudencia; ese precedente se constituye en una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico dentro de un sistema constitucional; especialmente cuando se trata

de la interpretación y aplicación de las normas de la Constitución; pues dada la vaguedad, la apertura semántica de sus enunciados y su conexión con la política y la ideología, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos qué es lo que está constitucionalmente prescrito; esa red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución; es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica.³⁰

Entonces, el respeto al precedente constitucional por parte del propio Tribunal Constitucional, así como por los demás jueces y tribunales inferiores, cumple funciones esenciales en un Estado social y democrático de Derecho.

En primer lugar, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, dado que si se pretende que las normas gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual, las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

En segundo lugar, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos, e inclusive de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

³⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 155, en Rivera Santiváñez, José Antonio, "Los efectos de las Sentencias Constitucionales en el ordenamiento jurídico interno", en *Revista Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Chile, Año 4, Número 2, 2006. Disponible en: «http://www.cecocch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/23.pdf».

En tercer lugar, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional (precedente obligatorio) tiene su fundamento en el resguardo del derecho fundamental a la *igualdad de la persona* en la aplicación de la ley, así como del principio de la *seguridad jurídica*; pues si el propio Tribunal Constitucional o cualquier otro juez o tribunal no observa ni aplica el precedente obligatorio creado por la jurisprudencia constitucional, al resolver un caso posterior que tenga supuestos fácticos análogos, vulnera el derecho fundamental a la igualdad, ya que con esa actitud otorga injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogos.³¹

En definitiva, la jurisprudencia constitucional debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo

³¹ "Cabe señalar que, en el marco de respeto al derecho a la igualdad, que importa el recibir la misma protección y trato de las autoridades judiciales, éstas no pueden otorgar diferentes consecuencias jurídicas a dos o más situaciones de hecho análogos, sin que exista una justificación razonable para el cambio de criterio. En un Estado social y democrático de Derecho, es importante que el Tribunal Constitucional y todo juez o tribunal ordinario sean consistentes y cuidadosos con sus decisiones en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones; ello para resguardar el principio de seguridad jurídica, pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles, de manera que los litigantes no estén sometidos a la incertidumbre; ya que si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a la unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica. Las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país". Cfr. Rivera Santiviáñez, José Antonio, "Los efectos de las Sentencias Constitucionales en el ordenamiento jurídico interno", en *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, p. 351.

de certeza en la aplicación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico del sistema constitucional.

El Tribunal Constitucional de Bolivia,³² al momento de resolver los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento en el ejercicio del control de constitucionalidad en sus diferentes ámbitos, ha desarrollado importantes criterios jurisprudenciales sobre la aplicación e invocación de la jurisprudencia constitucional en los siguientes precedentes:

1. Sobre el valor de la jurisprudencia constitucional:

1.a) La jurisprudencia constitucional tiene valor de fuente directa del Derecho, de ahí que se reconoce su carácter vinculante para los órganos del poder público y particulares (SC 1781/2004-R, SC 1369/2010-R y SCP 0846/2012).

1.b) El respeto y aplicación del precedente constitucional está vinculado al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (artículos 8.II y 14.III de la CPE) y la garantía de seguridad jurídica (artículo 178.I de la CPE) (SC 0493/2004-R, SC 1781/2004-R y SCP 0846/2012).

1.c) La importancia del precedente vinculante se sustenta en la coherencia y unidad que otorga al sistema jurídico (SC 0457/2004-R y SC 1369/2010-R).

1.d) El respeto a los precedentes constitucionales no implica que el Tribunal Constitucional Plurinacional petrifique su jurisprudencia e impida el replanteamiento de problemas jurídicos aparentemente ya resueltos; por el contrario, puede cambiarla, mutarla, siempre que sea con motivación suficiente (SC 1781/2004-R).

En ese orden, la SCP 0846/2012, modulando este entendimiento, estableció algunos criterios para cambiar la jurisprudencia constitucional y señaló que: "En la medida que los precedentes sean más acordes con los principios, valores, derechos fundamentales, garantías constitucionales de la Constitución Política del Estado y del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Plurinacional preferirá su fijeza. *A contrario sensu*, este Tribunal aperturará su capacidad de cambio cuando no esté acorde a ellos".

2. Análisis de la jurisprudencia para su invocación y aplicación

2.1. Análisis estático de una sentencia constitucional (El precedente constitucional, la *ratio decidendi*, el *obiter dictum* y el *decisum*)

2.1.a) Diferencia entre la parte vinculante y los efectos de la parte resolutive o *decisum*

-La SC 1310/2002-R señaló que: "[...] Si bien todo fallo que emite este Tribunal en recursos de amparo constitucional y hábeas corpus tiene efectos *inter partes* (sólo

³² Tribunal Constitucional Plurinacional, *Sistematización de la Jurisprudencia Constitucional Plurinacional 2012-2015*, Tomo I, Sucre, Bolivia, Imprenta Tupac Katari, 2015, pp. 127-134.

afecta a las partes), los fundamentos determinantes del fallo o *rationes decidendi* son vinculantes y, por tanto, de obligatoria aplicación para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades, tribunales y jueces (en todos sus niveles jerárquicos), así lo determina el art. 44 de la Ley del Tribunal Constitucional...".

-La SCP 0846/2012, a partir del contenido normativo previsto en el artículo 15.I del CPCo, estableció que: "Los efectos de la parte resolutive son dos: 1) "inter partes", que implica la obligatoriedad para las partes intervinientes, es decir, solo afecta a ellas, como ocurre en las sentencias de acciones de defensa (acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección a la privacidad, acción popular y acción de cumplimiento), declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional; y, 2) "erga omnes", que implica la obligatoriedad para todos, es decir, tiene efecto general, como ocurre en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y el recurso contra tributos".

2.1.b) Distinción entre precedente constitucional y la *ratio decidendi*

-La SCP 0846/2012, a partir del contenido normativo previsto en el artículo 15.II del CPCo, señaló que: "(...) es vinculante el precedente constitucional contenido en la *ratio decidendi*. Es decir, en la *ratio decidendi* se encuentra el precedente constitucional. El precedente constitucional es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo (AC 004/2005-ECA y SC 186/2005-R). (...) Los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. En el precedente constitucional se consignan: 'las subreglas de Derecho', 'normas adscritas' o 'concreta norma de la sentencia', resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución Política del Estado o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho."

2.2. Análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional (Las líneas jurisprudenciales)

-La SCP 0846/2012 estableció que: "No es suficiente la identificación del precedente constitucional, a través del análisis estático de la jurisprudencia, se debe analizar la jurisprudencia constitucional también a través de un estudio dinámico, es decir, se debe apreciar de manera sistemática el desarrollo de la jurisprudencia, para ubicar el precedente constitucional en vigor en la línea jurisprudencial. Las líneas jurisprudenciales son la técnica para hacer el análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional. Son las respuestas o soluciones que la jurisprudencia ha dado a determinado problema jurídico, está conformada por un conjunto de sentencias que abordaron determinada temática. La jurisprudencia constitucional al ser en esencia evolutiva, se va modulando, ya sea extendiendo, o en su caso, restringiendo sus alcances, de ahí que es preciso hacer un recorrido entre las sentencias básicas o creadoras de líneas, sentencias moduladoras de líneas, sentencias confirmadoras o reiteradoras.

de línea, sentencias mutadoras o cambiadoras de línea y sentencias reductoras de línea, porque sólo con este análisis dinámico de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial se identifica el precedente constitucional en vigor".

-La SCP 2233/2013-AL, complementada por la SCP 0087/2014-S3, en un nuevo paradigma de la invocación y aplicación del precedente constitucional, después del análisis de una línea jurisprudencial, estableció que "el precedente constitucional en vigor o vigente, resulta aquél que acoga el estándar más alto de protección del derecho fundamental o garantía constitucional invocado, esto es, aquélla decisión que hubiera resuelto un problema jurídico de manera más progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad", por lo que la invocación y aplicación de un precedente debe ser escogido después del examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente fijándose el criterio temporal del mismo, esto es el último en términos de fecha de emisión por el Tribunal Constitucional que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho.

-La SCP 2548/2012, que se constituye en un antecedente de la jurisprudencia sobre el estándar más alto (SCP 2233/2013-AL), ya había señalado que los jueces de la jurisdicción ordinaria están vinculados de manera vertical al precedente judicial emitido por el Tribunal Supremo de Justicia, del mismo modo, las Salas están vinculadas de manera horizontal a los precedentes judiciales emitidos por la Salas de la misma materia; empero, pueden apartarse de manera fundamentada, si se sigue, entre otras reglas, la expresión de argumentos que respeten elementos básicos de la racionalidad y razonabilidad para separarse del precedente judicial, que se consideren de mayor peso argumentativo desde y conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hubieren pronunciado jurisprudencia más progresiva a los derechos fundamentales.

-La SCP 0846/2012 estableció reglas para la aplicación del precedente constitucional y señaló que debe considerarse: i) la analogía en los supuestos fácticos y la cita del precedente con identificación expresa del precedente en vigor; y, ii) la prohibición de aplicar *obiter dictum* (cuestiones accesorias) como si fueran precedentes, la cita incompleta del precedente y el uso incorrecto de la aplicación de jurisprudencia en el tiempo. Sin embargo, estas reglas tienen que tener en cuenta en primer lugar la identificación del precedente constitucional que contiene el estándar más alto de protección, conforme lo entendió la SC 2233/2013.

2.3. La jurisprudencia constitucional en el tiempo

2.3.a.) Jurisprudencia constitucional retrospectiva

-La SCP 0846/2012, tras recoger precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional de los diez años, señaló: "Un precedente constitucional, al constituirse en un medio por el cual la Constitución Política del Estado desplaza su eficacia general,

tiene validez plena en el tiempo y, por ende, no está regido por el principio de irretroactividad, lo que significa que puede ser aplicado a hechos pasados en forma retrospectiva, sin importar que los hechos a los que ha de aplicarse el entendimiento jurisprudencial hubieren acaecido con anterioridad al precedente constitucional.

A pesar de ello, la aplicación retrospectiva tiene límites, estos son:

1) La cosa juzgada, en la medida en que los nuevos entendimientos jurisprudenciales no pueden afectar los asuntos ya resueltos y que se encuentran firmes o inimpugnables, esto es, que tenga la calidad de cosa juzgada formal y material, por lo mismo, sólo puede aplicarse retrospectivamente a procesos en curso; y,

2) La jurisprudencia que perjudica al imputado en materia de derecho penal sustantivo; lo que implica que, en este último caso, no se pueden aplicar en forma retrospectiva los entendimientos jurisprudenciales que afecten o desmejoren las esferas de libertad del imputado o condenado (SC 0076/2005-R de 13 de octubre); (SC 1426/2005-R de 8 de noviembre, sobre el tema del garante hipotecario, se aplicó la SC 0136/2003-R, cuando el proceso había adquirido la calidad de cosa juzgada). Se puede aplicar retrospectivamente un precedente constitucional a procesos en curso, únicamente cuando no perjudique o restrinja derechos consolidados por un anterior entendimiento jurisprudencial (SC 0494/2007-R de 13 de junio, mujer embarazada con beca trabajo).

Ahora bien, a dichos límites se añade la prohibición de aplicar retroactivamente un precedente que podría restringir el derecho de acceso a la justicia constitucional, ya sea porque con dicha jurisprudencia se imponen o se endurecen los requisitos para la presentación de las acciones constitucionales, o se generan nuevas causales de improcedencia o, en su caso, el nuevo precedente, pese a efectuar una interpretación favorable del derecho —por ejemplo derecho a recurrir— podría dar lugar a que en su aplicación resulte desfavorable para el acceso a la justicia constitucional, conforme precisó el voto disidente a la SC 2461/2010-R de 19 de noviembre.

2.3.b.) Jurisprudencia constitucional prospectiva: El *overruling prospectivo*

El Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de la SCP 0032/2012 de 16 de marzo, en una acción de libertad, aplicó el *overruling prospectivo*, es decir, a futuro, en un caso en el que interpretó las reglas de competencia material para conocer acciones de libertad. Esta sentencia señaló que en casos de mutaciones o modulaciones a la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a partir de los efectos que pueden generar dichos precedentes, podrá determinar su aplicación vinculante sólo a casos futuros.

3. Validez de la jurisprudencia constitucional anterior a la vigencia de la Constitución actual

-La SCP 0003/2012, que se constituye en una primera sentencia confirmadora, señaló que es posible la aplicación de jurisprudencia constitucional emitida en vigencia de la Constitución abrogada siempre que no se contraponga a la Constitución Política del Estado vigente. El Tribunal Constitucional en la SC 00006/2010-R estableció que "es posible la aplicación de la jurisprudencia constitucional emitida en vigencia de la Constitución abrogada siempre que no se contraponga a la Constitución Política del Estado [...]"; entendimiento reiterado en las SSCC 40/2011-R, 100/2011-R, entre otras.

4. Efecto vinculante de la declaratoria de inconstitucionalidad impide aplicación de normas con similar sentido normativo

La SCP 1963/2013, que se constituye en una primera sentencia confirmadora, señaló que, en virtud del carácter vinculante y obligatorio de las resoluciones constitucionales, los fundamentos de una sentencia constitucional deben ser observados por las autoridades judiciales y administrativas en la aplicación de los artículos que contengan el mismo problema jurídico que ya fue objeto de juicio de constitucionalidad por este Tribunal.

Sobre la prohibición de aplicación de normas con similar sentido normativo de las que fueron sometidas a control de constitucionalidad normativo y declaradas inconstitucionales, el Tribunal Constitucional de la época de los diez años, a través de la SC 037/2007, estableció que "[...] en virtud al carácter vinculante y obligatorio de las resoluciones constitucionales, los fundamentos de esa Sentencia Constitucional deben ser observados por las autoridades judiciales y administrativas en la aplicación de los artículos que contengan el mismo problema jurídico que ya fue objeto de juicio de constitucionalidad por este Tribunal; lo contrario, significaría aplicar normas que han quedado expulsadas del ordenamiento jurídico del país, haciendo irrelevantes las funciones de control de constitucionalidad de este Tribunal y de defensa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En este contexto, la referida sentencia concedió la tutela presentada en una acción de libertad determinando la ilegalidad de la decisión de la autoridad demandada que fundó su resolución de expulsión de extranjero amparada en una norma con similar sentido a la que fue declarada inconstitucional mediante SC 0004/2001, y estableció que "[...] si la facultad de expulsión motivada por la intervención de extranjeros en política interna ha sido declarada inconstitucional, y por tanto, en los hechos, resulta inexistente, la causal de expulsión contenida en el art. 48 inc. i) del DS 24423, al margen de ser una reiteración del supuesto contenido en el art. 20 inc. h), no podría ser aplicada en virtud al carácter vinculante y obligatorio de las resoluciones del Tribunal Constitucional".

En efecto, la SCP 1963/2013 determinó que la declaración de abandono y posterior entrega gratuita en favor del Ministerio de la Presidencia conlleva en sí la extinción del bien de propiedad del importador o su propietario, en favor del Estado boliviano, cuyo contenido normativo es similar al proyecto de ley de extinción de dominio de bienes a favor del Estado, que fue declarado inconstitucional, al declarar el abandono de mercancías "legalmente importadas" al país y sin mayores trámites adjudicarlas en favor del Ministerio de la Presidencia, sin intervención de autoridad jurisdiccional.

5. Sobre la jurisprudencia de los Órganos jurisdiccionales de cierre **5.a) Función obligatoria de uniformar la jurisprudencia por los máximos tribunales de justicia dentro de cada una de sus jurisdicciones: Fundamento constitucional**

-La SCP 1841/2012 estableció que el Tribunal Agroambiental —antes Tribunal Agrario Nacional—, en observancia del principio de igualdad procesal, debe sujetarse a sus propios precedentes.

-La SCP 2548/2012 ha establecido la función obligatoria de uniformar la jurisprudencia por los máximos tribunales de justicia dentro de cada una de sus jurisdicciones, se sustenta en el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y la defensa del principio de seguridad jurídica.

-La SCP 2548/2012 estableció que los jueces de la jurisdicción ordinaria están vinculados de manera vertical a los precedentes judiciales emitidos por el Tribunal Supremo de Justicia, del mismo modo, entre Salas de este órgano jurisdiccional existe vinculación horizontal, a cuyo efecto, el Tribunal Supremo de Justicia tiene la obligación de uniformar su jurisprudencia; empero, en ambos supuestos, pueden apartarse de manera fundamentada de los precedentes judiciales, si siguen las siguientes reglas:

- i) Consideración, cita expresa del contenido interpretativo asumido por el Tribunal Supremo de Justicia;
- ii) El entendimiento o subregla asumidos en los casos anteriores no es aplicable al supuesto bajo estudio o caso concreto que se analiza; y,
- iii) Expresión de argumentos que respeten elementos básicos de la racionalidad y razonabilidad para separarse del precedente judicial, que se consideren de mayor peso argumentativo desde y conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hubieren pronunciado jurisprudencia más progresiva a los derechos fundamentales.

M. Conclusiones

Para concluir, resulta necesario precisar nuevamente que el Tribunal Constitucional Plurinacional es el órgano especializado de la jurisdicción constitucional, creado con la exclusiva finalidad de administrar justicia constitucional a través del control concentrado y plural de constitucionalidad de las leyes y de los actos provenientes de los Órganos del Estado Plurinacional de Bolivia, para resguardar la supremacía de la Constitución, y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

A este efecto, el órgano contralor de la constitucionalidad debe conocer y resolver todos los conflictos jurídico-constitucionales, que se manifiesten en una triple dimensión: *a) normativa*, en los casos en que se produzca la incompatibilidad de una disposición legal ordinaria (sean Leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, Decretos y todo género de Resoluciones no judiciales), frente a las normas (axiológicas, dogmáticas y/u

orgánicas) previstas por la Constitución; *b) competencial*, en los casos en que se llegue a desconocer el principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, para poner fin a los eventuales conflictos de competencia que llegaren a suscitarse entre los diferentes órganos del poder público y/o niveles de gobierno, o bien, cuando se desconozcan los derechos de las minorías tras imponer decisiones contrarias a la Constitución, y; *c) tutelar*, en situaciones en que el poder público —o un eventual poder particular— vulnere ilegalmente, por acción u omisión, los derechos fundamentales consagrados por la Ley Fundamental y/o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad.

De ahí que la Constitución en su artículo 196 establece expresamente que las funciones del Tribunal Constitucional Plurinacional consisten principalmente en: *velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.*

Como se puede apreciar, el constituyente ha conferido al Tribunal Constitucional Plurinacional el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que tiene entre sus fines el de velar por la vigencia de la Norma Suprema, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y vigencia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dicho control de constitucionalidad se instrumenta, de manera general, por el artículo 202.1 de la CPE, que regula como atribución de este órgano de constitucionalidad, además de las establecidas en la Norma Suprema y en la Ley, conocer y resolver "en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales (...)" ; previendo a su vez, en su artículo 132, que: "Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley"; lo que indudablemente implica otorgar una legitimación activa amplia para plantear la Acción.

Las acciones de inconstitucionalidad previstas, ya sea en la vía abstracta o concreta, con carácter correctivo o *a posteriori*, tienen por objeto que el Tribunal someta las normas cuestionadas a un juicio de constitucionalidad a fin de verificar la compatibilidad o incompatibilidad de éstas con los valores supremos, principios, derechos fundamentales y disposiciones contenidas en la Norma Suprema; para —en caso de resultar contradictorias al texto constitucional—, depurarlas del ordenamiento jurídico del Estado; dado que el control de constitucionalidad busca garantizar la primacía de la Ley Fundamental y la materialización de sus preceptos a partir de su vigencia y aplicación preeminente respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico, que necesariamente deben ser acordes al orden constitucional.

Finalmente, y como se ha establecido en el presente trabajo, el sistema de control (concentrado y plural) de constitucionalidad en Bolivia se cierra con el pronunciamiento definitivo (de última instancia) e incontrovertible (sin posibilidad de recurso ulterior) que asuma el Tribunal Constitucional Plurinacional en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, con el respaldo de la *cosa juzgada constitucional*, por lo que debe tenerse en cuenta que la misma alcanza tanto al *decisum* o parte resolutive, como a la *ratio decidendi* o razón de ser de la sentencia constitucional, en la que se consigna la doctrina constitucional y las subreglas creadas a través de la interpretación constitucional. En consecuencia, al operarse la cosa juzgada material, la sentencia, en su parte de la *ratio decidendi*, adquiere la fuerza vinculante y en su parte resolutive, el *carácter obligatorio*.

7. Las sentencias constitucionales del Supremo Tribunal Federal de Brasil

André Ramos Tavares*

(Traducción de Diana Figueroa Prado)

* Profesor Titular, Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Vicecoordinador y profesor del Centro de Derecho Constitucional de la PUC/SP, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios Constitucionales (contacto: art@artconsult.adv.br).

SUMARIO: A. Contexto brasileño: breve relato inicial; B. La Corte Suprema de Brasil; C. Las atribuciones del STF en el control de constitucionalidad de las leyes; D. Tipos de sentencias constitucionales dictadas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el control de constitucionalidad; I. Declaración de nulidad parcial y nulidad parcial sin reducción de texto; II. Sentencias reconstructivas con efectos aditivos o control colateral; III. Declaración de constitucionalidad; IV. Declaración de inconstitucionalidad genérica y por omisión; V. Sentencia que fija condiciones y modo de interpretación y aplicación en el alegato de incumplimiento de precepto fundamental; VI. Declaración de inconstitucionalidad en tránsito; VII. Declaración de inconstitucionalidad del estado de cosas; VIII. Interpretación conforme a la Constitución; E. Ejemplos de sentencias constitucionales y sus clasificaciones; F. Derechos sociales en las sentencias constitucionales; G. Efectos de las sentencias constitucionales; H. Conclusiones: el papel del STF en la transformación de la realidad brasileña. I. Fuentes de consulta.

A. Contexto brasileño: breve relato inicial

En 1988, Brasil publicó una avanzada Constitución escrita y democrática, pero también inauguró una concepción socioeconómica de la Constitución, más adecuada a la realidad nacional y a las pretensiones de transformación¹ estructural de la sociedad brasileña.

Sin embargo, la realización de este Pacto Social constitucional dependía —y sigue dependiendo— de su práctica efectiva, por parte de la *sociedad*

¹ En el sentido de una "transformación profunda y real de las estructuras de las relaciones económicas" capaz de "proporcionar el reemplazo de las relaciones sociales y las estructuras que reproducen incesantemente las condiciones que generan pobreza, su mantenimiento, profundización y expansión", Tavares, André Ramos, *Directiva sobre derechos económicos: ruta de las propuestas transformadoras*, São Paulo, 2014, p. 147.

y de las *instituciones*. El Pacto se vive a diario² y de esta experiencia dependen sus categorías jurídicas.³

La Constitución de 1988 representa un símbolo nacional de la transición a lo nuevo, porque supera a un gobierno militar que implantó un modelo de opresión, violación y eliminación concreta de derechos, en el que hubo un desprecio total por la democracia y el ser humano.⁴ La Constitución brasileña también representa un modelo orientado al desarrollo pleno, no sólo en clave de crecimiento económico, sino a través de la transformación de estructuras sociales y económicas arcaicas, algunas de perfil precapitalista.

La Constitución de 1988 adoptó la creencia inquebrantable en la democracia como la mejor forma de convivencia social y política. Además, la democracia requiere la práctica cotidiana de una *cultura muy específica de derechos y deberes*.⁵ Es vivir, convivir en armonía, tomar conciencia y cuidado.

Este contexto histórico también influyó en el modelo de sentencias constitucionales. La Constitución y las leyes fueron ampliando cada vez más las facultades del Supremo Tribunal Federal (en adelante STF) en esta materia y hoy podemos decir que existe una enorme complejidad y una amplitud impresionante de estas sentencias constitucionales.

En Brasil, el papel de liderazgo desempeñado por el Poder Judicial y, sobre todo, por el STF, es ampliamente reconocido en términos de la

² Cfr. Tavares, André Ramos, "La deconstrucción del pacto constitucional", Esteban, Esteban y Mendonça, Maria Luisa (org.), *Derechos humanos en Brasil 2017: informe de la red social de justicia y derechos humanos*, São Paulo, Otras expresiones, 2017, p. 147.

³ Tavares, André Ramos, "Los derechos sociales y su 'evolución judicial' en los 30 años de la Constitución brasileña", en Toffoli, José Antonio Dias (org.), *30 años de la Constitución brasileña: democracia, derechos fundamentales e instituciones*, Río de Janeiro, Forense, 2018, pp. 597-620.

⁴ Tavares, André Ramos, "Facciones privadas y política económica no democrática de la dictadura brasileña", *Revista Brasileira de Estudios Constitucionales/RBEC*, 2015, v. 32, pp. 1047-1066.

⁵ Tavares, André Ramos, "Democracia protegida por la Corte Suprema y el TSE", *Revista del Abogado*, v. 140, 2018, pp. 122-129.

defensa democrática y la concreción (realización) de los derechos fundamentales.⁶ En un país en el que esta concreción sigue siendo un gran desafío, el enfoque que se hace aquí se centrará en las sentencias constitucionales que se ocupan de los derechos sociales y su eficacia en Brasil.

B. La Corte Suprema de Brasil

En Brasil, desde la Constitución de la Primera República de 1891, existe una Corte Suprema, instaurada de acuerdo con el modelo estadounidense. Éste es el Supremo Tribunal Federal (STF), que hasta el día de hoy es la Corte Suprema de Brasil.

A partir de 1965, el STF comenzó a funcionar también como Tribunal Constitucional, es decir, sin abandonar la función de revisión judicial típica del modelo estadounidense, comenzó a ejercer la función típica del modelo abstracto. Se puede ver, por tanto, que esta nueva función pasó a ejercerse a tiempo parcial,⁷ a diferencia del modelo implantado por Kelsen e inaugurado en Austria. Es decir, el STF comenzó a desempeñar dos funciones: i) la función de Tribunal Constitucional (bien conocida en Europa), y ii) la función histórica de tribunal común de última instancia, de tribunal de apelación (corte de superposición del Poder Judicial o corte de casación general, en terminología europea).

Así, como ya he expresado en otra oportunidad al respecto, tenemos que, "desde un punto de vista material, se pueda afirmar que el Supremo Tribunal Federal ejerce simultáneamente la función de Tribunal Constitucional y Tribunal de Apelaciones".⁸

Como resultado de mantener esta estructura histórica con una nueva capa de funciones, "el Supremo Tribunal Federal es el tribunal máximo

⁶ *Idem.*

⁷ Favoreu, Louis, "Los Tribunales constitucionales", en Belaunde, D. García y Segado, F. Fernández (coords.), *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 105.

⁸ Tavares, André Ramos, "Democracia protegida...", *op. cit.*, pp. 122-129.

del país, sin existir, desde un punto de vista formal, un tribunal constitucional de modelo kelseniano, situado ad hoc del Poder Judicial".⁹

Es importante destacar que, en Brasil, el STF se inserta expresamente como un órgano del Poder Judicial, y no como una corte fuera de este Poder. En este sentido, es el órgano rector del Poder Judicial nacional. Así, la competencia de apelación del Tribunal Supremo está, conceptualmente hablando, ligada a su posición jerárquica en la estructura judicial nacional, como Tribunal que desempeña la función de tribunal de supercasación.

A pesar de ser un órgano del Poder Judicial y ser un tribunal de apelación, hubieron opiniones y estudios diversos que demostraban la inviabilidad de un sistema de apelación (control difuso-concreto de constitucionalidad) con amplia admisibilidad, muy cercano a un control popular,¹⁰ como estaba vigente antes de la Enmienda Constitucional núm. 45 de 2004, y como había existido en otros momentos de la historia jurídica nacional anterior al 88.¹¹

Y es que "un gran volumen de procesos no significa precisamente un aumento en la defensa de la Constitución".¹² Además, era necesario, como pretendía la Reforma Judicial, recuperar la "excepcionalidad" del recurso extraordinario en el ordenamiento jurídico nacional,¹³ a fin de permitir al Tribunal crear "espacios propios"¹⁴ de actuación.

Para cerrar esta visión panorámica de las funciones del STF, es importante agregar que el Tribunal también posee competencia directa (originaria) para causas que no comprenden cuestiones constitucionales

⁹ *Idem.*

¹⁰ Tavares, André Ramos, *Tribunal y jurisdicción constitucional*, São Paulo, IBDC, 1998, p. 88.

¹¹ Salazar, Alcino, *Judicatura: bases para la reorganización*, Río de Janeiro, Forense, 1975, p. 203.

¹² Tavares, André Ramos, *Teoría de la justicia*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 411.

¹³ *Cfr.* Tavares, André Ramos, "Perfil constitucional del recurso extraordinario", en *Aspectos actuales del control de constitucionalidad en Brasil*, Río de Janeiro, Forensics, 2003, p. 296.

¹⁴ Morello, Augusto M, *Admisibilidad del recurso extraordinario: el certiorari según la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 4.

(como la competencia para juzgar ciertas acciones que involucran a "altas" autoridades estatales).

El modelo de elección de integrantes del STF reproduce el modelo estadounidense, incorporado en Brasil desde la Constitución de 1891, el cual permanece hasta nuestros días.

De acuerdo con este sistema, el titular del Poder Ejecutivo, por decisión unilateral, propone un nombre para conformar la Corte, y somete este nombre a la aprobación del Senado Federal, que realiza audiencia y emplea el voto secreto de sus integrantes. Tras la aprobación del Senado Federal, la persona propuesta es nombrada por el propio Jefe del Ejecutivo.

El modelo centenario adoptado en Brasil no está exento de críticas significativas y riesgos para el derecho, la Constitución y el país, lo que considero inadmisibles y debe atribuirse a la inercia en la discusión y modificación de este modelo.

Una alternativa más eficaz para la democracia y para la estabilidad del derecho necesita contemplar el fortalecimiento de la independencia de los miembros del STF mediante la desconexión unipersonal de la designación monocrática, asegurando el pluralismo cultural en su composición subjetiva.¹⁵

Las condiciones constitucionales actuales mínimas para el nombramiento de la plaza de Ministro del STF son: i) nacer brasileño; ii) ser ciudadano en pleno goce de sus derechos políticos; iii) tener más de treinta y cinco años y menos de sesenta y cinco años de edad; iv) ser reconocido por su notable conocimiento jurídico; y v) tener una reputación impecable. La Constitución, como se puede ver, fue tímida y se abstuvo de

¹⁵ Cfr. Tavares, André Ramos, *Teoría de la justicia...*, op. cit., pp. 381 y 383.

innovar en el tema, al repetir frases de poco impacto real. Se perdió la oportunidad de imponer demandas más severas y consistentes con el mundo actual.

No se exige que los futuros miembros del STF provengan (al menos en parte) de la magistratura ordinaria o superior, ni que tengan un mínimo de amplia experiencia o alto nivel en el ámbito jurídico, factores que considero más relevantes que la mera edad mínima adoptada por la actual Constitución de 1988.

Además, el requisito de un conocimiento jurídico notable, por tratarse de una condición extremadamente subjetiva e imprecisa, termina siendo definido caso por caso por el Senado Federal y la Presidencia de la República.

C. Las atribuciones del STF en el control de constitucionalidad de las leyes

Como mencioné anteriormente, el STF tiene competencias originarias, es decir, que permiten ser activadas directamente, además de sus competencias de apelación.

Las competencias de la Corte Suprema para juzgar directamente acciones se enumeran expresamente en los artículos 36; 102, inciso I, y el segundo párrafo del artículo 103, todos de la Constitución de 1988, y se consideran *numerus clausus*.¹⁶

¹⁶ Como carácter originario, el Tribunal Supremo es competente para conocer y juzgar las siguientes actuaciones y los siguientes casos: i) la acción directa de inconstitucionalidad de la ley o acto normativo federal o estatal y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión; ii) la acción declaratoria de constitucionalidad de la ley federal o acto normativo; iii) el rechazo del incumplimiento de un precepto fundamental; iv) representación intervencionista; v) en delitos de responsabilidad, Ministros de Estado y Comandantes de Marina, Ejército y Fuerza Aérea; vi) el *habeas corpus*, siendo paciente cualquiera de las personas a que se refieren los párrafos anteriores; la orden y el *habeas data* contra los actos del Presidente de la República, las Mesas de la Cámara de Representantes y del Senado Federal, el Tribunal Federal de Cuentas, el Fiscal General de la República y la propia Corte Suprema; vii) la controversia entre el Estado extranjero o el organismo internacional y la

En el marco de estas competencias, llamo la atención sobre la existencia de numerosos instrumentos de control llamados abstractos por medio de acciones distintas, y no sólo una única acción para provocar al STF. Son: acción directa de inconstitucionalidad, acción directa de inconstitucionalidad por omisión, acción declaratoria de constitucionalidad e incumplimiento del precepto fundamental. La acción de declaración de inconstitucionalidad por omisión y la llamada alegación (también acción) de violación de un precepto fundamental son innovaciones de la Constitución de 1988 en el constitucionalismo brasileño y ampliaron el sistema de control abstracto, que llegó a analizar prácticamente todos los actos y las omisiones que violan la Constitución.

En términos de competencia de apelación, ésta se clasifica como competencia de apelación ordinaria y extraordinaria.¹⁷

Desde 1889 y, constitucionalmente establecido, desde la Constitución de 1891, se admite en el país, por la incorporación del modelo estadou-

Unión, el Estado, el Distrito Federal o el Territorio; viii) las causas y conflictos entre la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre sí, incluidas las respectivas entidades de administración indirecta; ix) extradición solicitada por un Estado extranjero; x) el *habeas corpus*, cuando el transgresor sea un Tribunal Superior o cuando el transgresor o paciente sea una autoridad o funcionario cuyos actos estén directamente sujetos a la jurisdicción del Tribunal Supremo, o sea un delito sujeto a la misma jurisdicción en una sola instancia; xi) la revisión penal y la acción de rescisión de sus sentencias; xii) la queja por la preservación de su competencia y garantía de la autoridad de sus decisiones; xiii) conflictos de jurisdicción entre el Tribunal Superior de Justicia y cualquier tribunal, entre Tribunales Superiores, o entre ellos y cualquier otro tribunal; xiv) la solicitud de acción cautelar por acciones directas de inconstitucionalidad; y xv) la orden de cesación, cuando la redacción de la norma reglamentaria sea la atribución del Presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de las Mesas de una de estas Cámaras Legislativas, del Tribunal Federal de Cuentas, de uno de los Tribunales Superiores, o del propio Supremo Tribunal Federal.

¹⁷ De conformidad con el artículo 102, inciso II, de la Constitución, la Corte Suprema tiene la jurisdicción recursal ordinaria para juzgar "a) el *habeas corpus*, la orden, el *habeas data* y la orden de medida cautelar decidida en una sola instancia por los Tribunales Superiores, si la decisión es denegada; b) crimen político". Todas estas competencias incluyen el control incidental de constitucionalidad.

De conformidad con el artículo 102, inciso III, corresponde a la Corte Suprema juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas de instancia única o última en las hipótesis de: "a) contrariamente a lo dispuesto en esta Constitución; b) declare la inconstitucionalidad del tratado o de la ley federal; c) considerar válida la ley o acto de gobierno local impugnado frente a esta Constitución; d) considerar la llamada ley local frente a la ley federal".

nidense, el control de constitucionalidad realizado por cualquier juez, de cualquier instancia, de todas las leyes y los actos normativos del país, pero con efecto de la decisión restringida al caso concreto sometido a valoración y decisión judicial.

Esta posibilidad, sin embargo, no está expresamente prevista en la Constitución de 1988. Así, se siguió la propia práctica estadounidense que permite la misma amplitud de control judicial, sin la norma expresa de la Constitución. La Constitución brasileña estableció solamente la existencia de un recurso contra una decisión anterior que controle la constitucionalidad (artículo 102, incisos II y III).

Este modelo concreto se amplió en Brasil a partir de la década de 1960, con la incorporación del llamado control abstracto de constitucionalidad en 1965, un control a través de la acción directa, realizado exclusiva y directamente por el STF.

Desde 1988, el perfil de esta jurisdicción brasileña, que hasta entonces era esencialmente concreta, comenzó a indicar una fuerte tendencia al control abstracto. Muchos comenzaron a hablar, entonces, de una nueva jurisdicción constitucional brasileña.

Es muy importante señalar que el STF, como tribunal de apelación, hoy puede seleccionar casos para admitir sólo cuestiones jurídicas de mayor relevancia, lo que está permitido, en parte, por la creación en 2004 de la llamada "repercusión general", utilizada en los poderes de apelación de control de constitucionalidad. Es así que en julio de 2021 se celebró el hecho de que hay menos de 23,000 acciones en curso en la Corte Suprema, considerada la menor cantidad de acciones en la historia reciente de la Corte.¹⁸

¹⁸ Noticias STF, *Corte Suprema cierra trabajo del primer semestre con más de ocho mil demandas juzgadas en colegiado*. Disponible en: «<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468567&ori=1>». Consultado el 22 de julio de 2021.

Finalmente, se creó un mecanismo innovador (procesal), supuestamente capaz de enfrentar la llamada "fragmentación del derecho", derivada de la libre convicción judicial, sin anular esta importante esfera de libertad judicial y garantía ciudadana. Éste es básicamente el papel desempeñado por la sùmula vinculante y también por los efectos vinculantes de las decisiones de las acciones de control abstracto existentes.

Es decir, ahora hay un cambio claro (y significativo) en el modelo de control de constitucionalidad en Brasil, por la fuerza del llamado "efecto vinculante". Sólo las cuestiones consideradas importantes ("repercusión general") serán evaluadas por el STF y, a partir de las decisiones concretas dictadas en estos casos, podrá surgir un precedente vinculante.

D. Tipos de sentencias constitucionales dictadas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el control de constitucionalidad

Las decisiones constitucionales en Brasil, tradicionalmente hablando, o declaraban inconstitucionalidad (total o parcial) o constitucionalidad, sin espacio para una decisión intermedia.

La Ley Núm. 9.868/99 representó un hito en la nueva jurisdicción constitucional brasileña, especialmente por tratar expresamente, por primera vez, con algunos tipos de decisiones constitucionales admisibles, en su artículo 28, párrafo único, admite: "La declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, incluida la interpretación de acuerdo con la Constitución y la declaración parcial de inconstitucionalidad sin reducción de texto [...]".

También hubo evolución jurisprudencial para declarar constitucionalidad en tránsito por inconstitucionalidad e inconstitucionalidad sin reducción de texto.

Las técnicas de toma de decisión mencionadas también pueden aplicarse a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, especialmente

cuando se trata de omisión parcial, a la violación del incumplimiento del precepto fundamental, al control incidental y también a la representación intervencionista.¹⁹

Cuando la sentencia constitucional se refiere a derechos sociales, su tipología no encaja perfectamente en constitucionalidad o inconstitucionalidad. Al determinar el cumplimiento o garantía un derecho social, esa decisión presupone que sería inconstitucional no respetar ese derecho de inmediato. Esta premisa está incluso arraigada en el artículo 5, §1 de la Constitución de 1988: "Las normas definitorias de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata".

En cuanto a la tipología de las sentencias constitucionales presento brevemente los principales tipos de decisiones dadas por el Supremo Tribunal Federal brasileño en el control de la constitucionalidad y sus características específicas. Veamos.

I. Declaración de nulidad parcial y nulidad parcial sin reducción de texto

La teoría de la divisibilidad de la Ley, admitida por el STF, permite al Tribunal dictar sentencia de inconstitucionalidad sólo a una parte de la norma atacada. Es la inconstitucionalidad clásica con nulidad parcial.

Sin embargo, para que esto ocurra en el contexto del control abstracto, el STF debe analizar no sólo los aspectos a partir de los cuales se produce objetivamente la inconstitucionalidad. También es necesario comprobar si, tras la declaración de inconstitucionalidad de la parte de la norma, la parte restante sigue respondiendo a la voluntad del legislador.²⁰ Puede ocurrir que esta otra parte de la norma también se considere inconstitucional después de la primera declaración de inconstitucionalidad. Esto

¹⁹ Mendes, Gilmar, *Curso de derecho constitucional*, 8a. ed., 2013, p. 1261.

²⁰ *Idem*.

es lo que ha sido calificado por el STF como inconstitucional de arrastre, que ocurre cuando la falta de la parte inconstitucional hace que el resto de la norma sea incoherente o invierta el significado pretendido por el legislador.

Todavía en el contexto de la declaración de inconstitucionalidad parcial existe una tipología contemporánea, que no se confunde con la nulidad parcial tradicional. Es inconstitucionalidad (nulidad) sin reducción de texto. En ésta, el STF o cualquier otra instancia puede utilizar la técnica interpretativa para declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma, privilegiando sólo una hipótesis de la norma, de modo que, así, el texto original es constitucional, es decir, "la nulidad de la ley existe, pero siempre es parcial, subsistiendo una parte de la ley que es válida".²¹ En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto no revocará el *texto* de la norma, sino que se eliminará una de sus hipótesis, implícitas al texto de la norma.

II. Sentencias reestructivas con efectos aditivos o control colateral

La decisión reestructiva, ampliamente conocida como sentencia manipulativa, se produce cuando hay modificación o edición de la norma sujeta a jurisdicción constitucional. Es decir, a través de la decisión, el Tribunal y el juez podrán modificar la norma directamente e indicar también el inicio de sus efectos.²²

Para Gilmar Mendes habría dos modalidades de sentencias constitucionales que son manipulativas: i) manipulativas de efectos sustitutivos, cuando el Tribunal o juez, mediante su decisión, sustituye parte del régimen o efecto inconstitucional por otra, considerada constitucional, y

²¹ *Ibidem*, p. 321.

²² Mendes, Gilmar, *op. cit.*, p. 1272.

ii) manipulativa con efecto aditivo, cuando hay un aumento en la incidencia de la norma.²³ En este sentido:

El STF puede llegar al resultado aditivo, innovando el ordenamiento jurídico, tanto por medio de las actuaciones del sistema de control concentrado, como en las acciones directas decididas con el uso de la interpretación conforme con efectos aditivos, así como a través de recursos constitucionales individuales, siendo numerosos los casos en los que, por ejemplo, el vehículo de la pretensión aditiva fue el recurso de amparo.²⁴

Es una verdadera *modulación del sentido*, sin duda menos extendida y estudiada por la literatura brasileña. Tiene una estructuración específica (nueva) de la propia norma, en funcionamiento llevada a cabo por la Justicia Constitucional, lo que significa reconocer abiertamente que se trata de una decisión con *efectos transformadores*,²⁵ en relación con el contenido original de la norma indicada.

Esta modulación del sentido de las leyes presenta, pues, un tipo de reducción que no debe confundirse con la conocida declaración de inconstitucionalidad parcial, que destruye una parte de la norma que se juzga, pero mantiene otra parte e inmuniza así el texto en su conjunto. Se trata de i) ampliar el espectro de la norma para evitar atacar la isonomía, o ii) reducir (eliminar) algunas operaciones concretas que se suponen basadas en el tenor de la norma, con la eliminación de efectos concretos inconstitucionales, aunque no estén previstos por estas leyes (denominados efectos colaterales).

²³ *Ibidem*, p. 1273.

²⁴ *Ibidem*, p. 1274.

²⁵ Para Carlos Blanco de Morais estas decisiones son transformadoras porque "proyectan, directa o reflexivamente, al contenido o efectos jurídicos del acto normativo sindicado". Posteriormente, el autor refuerza la idea de una vocación transformadora de estos juicios, "en relación con los efectos de las reglas impugnadas", Morais, Carlos Blanco de, "Como sentencias con efectos aditivos", en *Sentencias intermedias de justicia constitucional: Estudios luso-brasileños de Derecho Público*, Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 18-21.

El camino intermedio material (no meramente temporal, por tanto) me parece aún más relevante si la mera inconstitucionalidad parcial (incluso sin reducción de texto) de algunas normas se considera inapropiada. En la técnica de toma de decisiones que estoy analizando aquí, más rigurosamente hablando, se requiere *un amplificador o un reductor de los efectos producidos*, según sea el caso, pero no previsto originalmente en la declaración normativa, lo que significa, técnicamente, una modulación material de los efectos prácticos (no de los efectos temporales o de una eficacia normativa abstracta). En este sentido se afirma que es una actividad constructiva²⁶ del Tribunal.

Doy por sentado que casi todos los tipos de decisiones mencionadas son inconstitucionales con algún tipo de reducción en su formato, es decir, una inconstitucionalidad cualitativa parcial, como es tratada en la doctrina.

En realidad, el desarrollo de estos nuevos modelos de toma de decisiones también aparece como "consecuencia del creciente interés de los Tribunales Constitucionales por los 'efectos colaterales' de sus decisiones",²⁷ con el fin de evitar que una decisión meramente protocolar o excesivamente formalista legitime situaciones que no constituían el objeto de la decisión de la Corte, pero que eventualmente serían indebidamente preservadas por ella. Se trata de impedir que el control constitucional genere nuevas inconstitucionalidades o perpetúe inconstitucionalidades concretas que deberían haber sido expresamente consideradas y corregidas.

En esas decisiones manipulativas, el Tribunal transforma la norma que es objeto de indagación. Zagrebelsky y Marcenò dicen expresamente que

²⁶ Para Carlos Blanco de Morais, el Tribunal "repara el defecto añadiendo un *quid* normativo extraído del auto, que puede permitir que la norma así 'reconstruida' produzca en el futuro efectos jurídicos válidos (sentencia con efectos aditivos)", *op. cit.*, p. 19.

²⁷ *Ibidem*, p. 24. Esta misma percepción constructiva de las normas está en la votación ya mencionada anteriormente por el Min. Gilmar Mendes en ADPF-QO 54.

las técnicas de toma de decisiones se llaman manipulativas para subrayar "que su alcance es la transformación, en lugar de la eliminación de la ley o su interpretación conforme a la Constitución",²⁸ aunque prefieren, en la actualidad, la expresión "sentencias reestructurativas".

En este sentido, trabajado por los autores y la doctrina, en un primer paso se reconoce la inconstitucionalidad por la ausencia indebida de ciertas hipótesis para, en un segundo paso y manteniendo el texto, reconstruir la norma con un "aditivo". Esta situación puede ocurrir no sólo en omisión inconstitucional. También opera cuando el legislador falló en sus pronósticos, al no establecer la hipótesis que se produjo en la realidad para, normativamente, explicar su prohibición.

III. Declaración de constitucionalidad

Se suele decir que la Acción Declarativa de Constitucionalidad (ADC), ADI con signo invertido, es decir, la solicitud es la inversa a la aplicable en la acción tradicional de control abstracto.

Brasil admite, a través de la ADC, la declaración de constitucionalidad de la ley o el acto normativo federal (no es aplicable a la ley estatal o municipal).²⁹ El resultado, sin embargo, puede ser la improcedencia, en cuyo caso tendremos la declaración de inconstitucionalidad.³⁰

IV. Declaración de inconstitucionalidad genérica y por omisión

La acción directa de inconstitucionalidad, creada originalmente por la Enmienda Constitucional Núm. 16/65 con la nomenclatura de representación de inconstitucionalidad, ha sido el instrumento más tradicional para combatir las leyes inconstitucionales en Brasil.

²⁸ Zagrebelsky, Gustavo y Marcenò, Valeria, *Justicia Constitucional*, Bolonia, El Molino, 2012, p. 390.

²⁹ *Cfr.* Artículo 102, inciso I, de la Constitución y el artículo 13 de la Ley Núm. 9.868/99.

³⁰ Tavares, André Ramos, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 337.

La inconstitucionalidad que puede ser cuestionada en esta acción debe ser: i) directa en relación con la Constitución (inadmisible la inconstitucionalidad con un acto interpuesto, que en realidad se reduce a un problema de ilegalidad); ii) de un acto normativo federal o estatal (excluye las leyes municipales); iii) de un acto normativo posterior a la Constitución de 1988 (la inconstitucionalidad es un fenómeno distinto de la no recepción de leyes anteriores a 1988). A esta lista, el STF incluyó más tarde los actos normativos de efectos concretos.³¹

La Constitución de 1988 añadió esta nueva tipología de decisiones, al hablar expresamente de inconstitucionalidad por omisión, en un momento (1988) en el que este tema todavía se consideraba tabú en la mayoría de los países. En la acción directa de inconstitucionalidad específica para combatir la omisión inconstitucional, en el caso que ésta sea juzgada procedente, existen dos posibilidades (tipologías) de decisión.

Cuando se trata de la inconstitucionalidad de la Legislatura, el STF sólo "certificará" la existencia de la omisión que el autor pretendía combatir. Así lo ha entendido el propio STF, que lo ha justificado por considerar imposible imponer al Legislador la realización de cualquier diploma normativo, ya que esta actitud, según este entendimiento, implica una violenta ruptura del principio constitucional de la separación y armonía de poderes. El mismo entendimiento se aplica al Poder Ejecutivo cuando se le ha dado una posición específica dentro del proceso legislativo. Así, por ejemplo, en los casos en los que el Poder Ejecutivo tiene la iniciativa exclusiva de un proyecto de ley y no lo inicia (como en el caso de la revisión anual de las remuneraciones de los servidores públicos), se considera que se ha producido un acto (u omisión) de un poder del Estado. Por supuesto, esta posición, asumida en Brasil por el propio STF, terminó frustrando las expectativas depositadas en este novedoso instrumento.

³¹ *Ibidem*, pp. 336 y 337.

Sin embargo, con el juicio del Amparo 670, que discutió el derecho de huelga de los servidores públicos, el STF cambió radicalmente su posición sobre los efectos de la decisión que combate la inconstitucionalidad por omisión (aunque para control específico), fija el plazo de 60 días para que el Congreso Nacional legisle sobre la materia.

Cuando se trata de una omisión inconstitucional, no del Parlamento ni de ninguno de los "Poderes", pero sí de la Administración Pública, otra fue la solución adoptada por la Constitución. En tales casos, habiendo sido exhaustivo el texto constitucional, el STF debe fijar un plazo máximo de treinta días para que se cumpla la omisión, bajo pena de responsabilidad de quien no cumpla con el *decisum*. La disciplina legal de esta materia establece, no obstante, que las medidas, en este caso, deben adoptarse dentro de los treinta días "o dentro de un plazo razonable que será estipulado excepcionalmente por el Tribunal" en vista de las circunstancias específicas del caso y el interés público involucrado. Se vuelve, de nuevo, a la antigua y vaga expresión "interés público".

En este punto, queda por aclarar si el plazo puede establecerse incluso cuando se trata de un acto normativo secundario. La respuesta es positiva, siempre que el acto sea responsabilidad de un órgano administrativo y no del "Poder". El criterio, por tanto, en esta segunda hipótesis es sencillo: saber si se trata de un órgano administrativo o de un órgano de gobierno.

V. Sentencia que fija condiciones y modo de interpretación y aplicación en el alegato de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF, por sus siglas en portugués)

Creado en 1988, el ADPF tuvo su reglamento legal aprobado en diciembre de 1999, a través de la Ley Núm. 9.882. Es una innovación brasileña, cuyo objetivo central es, según la Ley, promover una "complementación" del modelo brasileño de defensa de la Constitución. De ahí el carácter residual que le atribuye el artículo 4 de la Ley: "No se admitirá la alegación

de incumplimiento de un precepto fundamental cuando exista cualquier otro medio eficaz para reparar el daño". La idoneidad del ADPF requiere: i) no haber otra acción en el control abstracto específico para la defensa que se pretende de la Constitución; ii) pretender la defensa del precepto fundamental de la Constitución, y no de cualquier precepto constitucional. Por tanto, el ADPF no puede ser utilizado para la defensa de ningún artículo de la Constitución, sino sólo de normas constitucionales que puedan considerarse fundamentales, como las llamadas cláusulas perpetuas o de eternidad.³²

Dentro de esta innovación constitucional hay otra innovación creada por la Ley y que se refiere a la decisión constitucional que se puede dictar. El artículo 10: "Una vez juzgado el recurso, se notificará a las autoridades u órganos responsables de la práctica de los actos cuestionados, *estableciendo las condiciones y la forma de interpretación y aplicación del precepto fundamental*" (original sin cursivas). Es una norma que sólo existe para el ADPF y permite una decisión constitucional que avanza para especificar cómo interpretar, cuándo y cómo aplicar la norma así interpretada por el STF. Este tipo de posibilidad es especialmente relevante cuando se trata de un principio o norma general de la Constitución, que depende de una fuerte carga interpretativa del STF. Como puede verse, el artículo 10 ofrece un gran poder de decisión al STF. En la práctica, sin embargo, el STF rara vez se refiere a este artículo, sin hacer uso de estos poderes explícitos.

En la primera tesis escrita sobre ADPF en Brasil,³³ tuve la oportunidad de enfatizar, a propósito de este dispositivo, que:

[...] dependiendo de la determinación expresa del *caput* del art. 10 de la L.A., en el juicio de la acción es necesario determinar las condiciones y la forma de interpretación y aplicación del precepto

³² *Ibidem*, pp. 335-336.

³³ Defendida, como tesis doctoral, en el año 2000.

fundamental. Esto no es exactamente el resultado de la solicitud de la acción, sino un deber impuesto a los jueces.

Como ya hemos analizado, en el motivo del precepto fundamental, la petición tiene por objeto el reconocimiento del respectivo incumplimiento, con todas las consecuencias que de él se derivan. Distinto ocurre con lo dispuesto en el art. 10, que se refiere a la interpretación del propio precepto constitucional fundamental.

[...] la legislación sólo pretendía hacer posible que, además de la sentencia de la demanda, el Tribunal expresara los requisitos y la forma en que se interpreta y se aplica el precepto fundamental controvertido. Esta manifestación también debe incluirse en el *decisum*.³⁴

Entiendo que es necesario ir más allá de un *decisum* tradicional y minimalista, para permitir que el Tribunal indique cómo operar una (in) constitucionalidad en el alcance exacto de sus efectos, a fin de promover una justicia constitucional detallada y efectiva. Se trata de ampliar la capacidad del proceso constituyente, vía ADPF, para incorporar estas fórmulas específicas.

De hecho, en varias sentencias sobre estas demandas, la decisión se dirigió a la realidad fenoménica, a menudo tratando detalles de la aplicación o defensa de los preceptos fundamentales. Es el caso del ADPF 347 y el ADPF 519, que analizaré a continuación.

Estas decisiones, entre otras, demuestran el nivel de atención al que ha estado el STF, específicamente dentro del alcance y la extensión de la toma de decisiones en el formato ADPF.

³⁴ Tavares André Ramos, *Tratado de la Exigüição de Precepto Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 378-9. En el caso del juicio de ADPF-QO 54, la peculiar importancia del artículo 10 fue nuevamente destacada por el Min. Gilmar Mendes.

VI. Declaración de inconstitucionalidad en tránsito

La regla "todavía constitucional" está atada a una peculiaridad fáctica, porque se entiende en estos casos que la norma es admisible en la actualidad, pero que pronto habrá inconstitucionalidad con nulidad. Sin embargo, este acontecimiento futuro está reservado.

Así, por ejemplo, el otorgamiento de un plazo privilegiado para la defensa, por ley, puede considerarse constitucional, mientras que la entidad pública no está debidamente estructurada.

VII. Declaración de inconstitucionalidad del estado de cosas

El escenario brasileño de decisiones del STF impone grandes desafíos para la propia tipología de las decisiones constitucionales.

Éste es el caso de la decisión que caracterizó la existencia de un "estado de cosas inconstitucional" bajo el ADPF 347, ponente el Ministro Marco Aurélio.³⁵ En su momento, como medida cautelar, el STF reconoció el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario nacional. El medio de presentación del conflicto, es decir, la alegación del incumplimiento del precepto fundamental, se planteó con un amplio escenario de incumplimiento de las garantías constitucionales fundamentales. En ocasión de la paradigmática sentencia, se reconocieron fallas sistemáticas y estructurales que dan lugar a condiciones inhumanas de custodia, violación masiva de derechos, con la multiplicidad de actos omisivos y comisivos del Poder Público en todas sus esferas. El STF también reconoció que el cambio de esta situación depende de medidas normativas, administrativas y presupuestarias integrales, por lo que fue calificado como un "estado de cosas inconstitucional".

³⁵ ADPF 347 MC, Min. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgado el 9 de septiembre de 2015, publicado el 19 de febrero de 2016.

También en este ADPF 347, es importante señalar que el STF dejó de declarar la inconstitucionalidad para, incluso reconocer un "estado de cosas inconstitucional", y determinar otras medidas³⁶ que escapan al modelo clásico de decisión del proceso objetivo, como lo fueron, en este caso, las medidas administrativas con esfuerzos conjuntos.

VIII. Interpretación conforme a la Constitución

Finalmente, la declaración de (in)constitucionalidad con interpretación conforme a la Constitución "no es exactamente un método específico o diferenciado de interpretación de la Constitución, sino más bien de las leyes".³⁷ A pesar de eso, se suele insertar, correctamente, en las tipologías de decisiones de la Justicia Constitucional.

Cuando hay una norma infraconstitucional que puede ser interpretada de más de una manera —por la constitucionalidad o la inconstitucionalidad, por ejemplo— los tribunales y jueces brasileños, dentro de los límites interpretativos, deben preferir siempre la declaración de constitucionalidad e interpretar la ley de manera que se ajuste a la Constitución.

E. Ejemplos de sentencias constitucionales y sus clasificaciones

Pasaré, en este punto, a los ejemplos de algunos tipos de sentencias constitucionales adoptadas expresamente por el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto: Es común que el STF juzgue acciones de inconstitucionalidad por invasión de competencias llevadas a cabo por el legislador infraconstitucional al modificar una

³⁶ En este sentido: Dimoulis, Dimitri y Lunardi, Soraya, *Curso de Proceso Constitucional: control de constitucionalidad y recursos constitucionales*, 6a. ed., São Paulo, RT, 2019, p. 202.

³⁷ Tavares, André Ramos, *Curso de derecho constitucional*, 18a. ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p. 193.

norma, cuando legislar es competencia exclusiva de la Unión. A modo de ejemplo, en el ADI 5.842,³⁸ bajo la ponencia del Ministro Celso de Mello, el STF declaró la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto de la norma modificada sobre la ocupación de plazas de estacionamiento en espacios públicos o privados por un Estado de la Federación. En ese caso, el STF sostuvo que sólo era inconstitucional el artículo que se refería a los estacionamientos privados, tema, en ese momento, de competencia exclusiva de la Unión, y mantuvo el texto como constitucional, para alcanzar a los estacionamientos públicos.

Interpretación conforme a la Constitución: Cuando la norma objeto de acción directa de inconstitucionalidad permite más de una interpretación, el STF adopta el aspecto que revela el sentido más armonioso con la Constitución brasileña de 1988. Por ejemplo, el ADI 1127,³⁹ bajo la ponencia del Ministro Marco Aurélio, el STF realizó la interpretación conforme a diversas disposiciones del Estatuto de la Abogacía. Sin embargo, hay críticas. El Ministro Gilmar Mendes, por ejemplo, entendió que en este caso el STF "terminó por agregarle nuevos contenidos normativos, y convirtió la decisión en una verdadera interpretación correlativa de la ley".⁴⁰ En su opinión, por tanto, estaríamos en este caso ante una verdadera sentencia aditiva.

Declaratoria de constitucionalidad: en la sentencia del ADC 9,⁴¹ bajo la ponencia del Ministro Néri da Silveira, el STF declaró la constitucionalidad de la Medida Provisional 2152-2 de 2001, que preveía la posibilidad de reducir el consumo de electricidad, además de restringirlo. En ese caso, el STF prefirió admitir la legitimidad de la restricción del consumo de electricidad antes que consentir los daños mucho más perjudiciales

³⁸ ADI 5842, Min. Rel. Celso de Mello, Pleno del Juzgado, juzgado el 13 de octubre de 2020, publicado el 29 de octubre de 2020.

³⁹ ADI 1127, Min. Rel. Marco Aurélio, Ponente de la sentencia: Ricardo Lewandowski, Tribunal en Pleno, juzgado el 17 de mayo de 2006, publicado el 11 de junio de 2010.

⁴⁰ Mendes, Gilmar, *en. cit.*, p. 1272.

⁴¹ ADC 9, Min. Rel. Néri da Silveira, Ponente de sentencia: Ellen Gracie, Tribunal de Justicia en Pleno, juzgado el 13 de diciembre de 2001, publicado el 23 de abril de 2004.

que se producirían inevitablemente si se aceptara como absoluta la prestación incondicional de este costoso servicio.⁴² Sin embargo, conviene hacer una adición al ejemplo, dado el contexto de la pandemia resultante por Covid-19. Una ley estatal que prohibía el corte de electricidad durante la pandemia fue declarada constitucional, aunque hubo divergencias en este punto, debido al innegable carácter privativo de la Unión para legislar sobre la energía.⁴³ Por tanto, dicha decisión añadió una hipótesis de excepción a la propia competencia constitucional exclusiva.

Alegato por incumplimiento de un precepto fundamental: Como ejemplo de su uso, en 2018, el Presidente de la República presentó el ADPF 519, bajo la ponencia del Ministro Alexandre de Moraes, ante las diferentes decisiones dictadas por el Poder Judicial en varias partes de la Federación sobre el paro de camioneros y el bloqueo de carreteras que generó el riesgo inminente de desabasto general del país.

Como medida cautelar, el Magistrado ponente conoció el ADPF una vez que comprobó la "ineficacia de los demás mecanismos jurisdiccionales para la protección del precepto fundamental". En ese momento, los preceptos fundamentales de la libertad de movimiento y el derecho constitucional a la propiedad estaban amenazados.

En su decisión, el Ministro Ponente sustentó la relativización de los derechos de reunión y huelga en el contexto de la amenaza a los derechos y las libertades de los demás:

"El cuadro fáctico revela claramente un escenario en el que el abuso en el ejercicio de los derechos constitucionales de reunión y huelga supuso una afectación desproporcionada e intolerable para el resto de la sociedad, que depende del pleno funcionamiento de las cadenas de distribución de productos y servicios

⁴² Tavares, André Ramos, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 1151.

⁴³ ADI 6588, Min. Rel. Marco Aurélio, Pleno, Sesión Virtual, juzgado el 31 de mayo de 2021, publicado el 2 de junio de 2021.

para el mantenimiento de los aspectos más esenciales y básicos de la vida social".⁴⁴

Además, en la medida cautelar, concedió la aplicación de multas a personas concretas identificadas, que no formaban parte inicialmente del proceso objetivo, en los siguientes términos:

(iv.a) de R\$ 100,00.00 (cien mil reales) por hora a las entidades responsables, por actos que culminen en la ocupación indebida y obstrucción de vías públicas, incluidos los acotamientos, debido al incumplimiento de las órdenes judiciales concedidas en este alegato;

(iv.b) de R\$ 10.000,00 (diez mil reales) por día, por actos que culminen en la ocupación indebida y obstrucción de las vías públicas en cuestión, incluidos los acotamientos, a cargo de cada manifestante que se niegue a retirar el vehículo que obstruya la vía pública o el propietario del vehículo que esté obstruyendo la vía pública, por incumplimiento de las órdenes judiciales diferidas en este Juzgado.

Todas estas medidas fueron adoptadas exactamente para hacer cumplir y respetar los preceptos fundamentales de la Constitución de Brasil. En este sentido y en este ADPF, se impusieron *multas* directas a más de 151 personas jurídicas, principalmente empresas de transporte de carga, por haber seguido obstruyendo el tráfico en carreteras (la reciente huelga de camioneros), lo que requería, en un ADPF, la identificación real y puntual de quienes permanecían en estado de infracción y transgresión.

Debe quedar constancia de que, por la innovación de que esta decisión determinó la aplicación de una multa concreta, en caso de control abstracto y, tras manifestación del Fiscal General de la Unión, en una resolución de 8 de junio de 2018, nuevamente se concedió la aplicación de

⁴⁴ ADPF 519 MC, Min. Rel. Alexandre de Moraes, Decisión monocrática, juzgado el 25 de mayo de 2018, publicado el 28 de mayo de 2018.

una multa a personas jurídicas identificadas por la Policía de Carreteras, por incumplimiento de la anterior decisión judicial.

Declaración de inconstitucionalidad en tránsito: En sus decisiones, el STF suele utilizar la expresión "proceso de inconstitucionalización" o, aún "inconstitucionalidad progresiva", además de la "norma en tránsito", es decir, en camino a convertirse en inconstitucional. En la sentencia del ADI 3356, una sentencia del Ministro Eros Grau, el STF reconoció el proceso de inconstitucionalización de la ley federal que permitía la fabricación de productos hechos de amianto o asbesto, sustancias utilizadas especialmente en la fabricación de azulejos, pero altamente tóxicas para la salud humana y ya prohibidas en varios países. En un extracto de la sentencia, el Tribunal Supremo afirmó:

[...] Autorización para la extracción, industrialización, uso y comercialización del amianto de la variedad crisotilo. Proceso de inconstitucionalización. *Cambio en las relaciones fáticas subyacentes a la norma jurídica.* El carácter cancerígeno del amianto crisotilo y la imposibilidad de utilizarlo de forma segura. Existencia de materias primas alternativas [...] ⁴⁵ (original sin cursivas).

F. Derechos sociales en las sentencias constitucionales

La Constitución brasileña de 1988 fue innovadora al buscar instrumentos propios que pudieran sortear o paliar las dificultades derivadas de la inercia del Poder Legislativo en la llamada "concreción" de las normas constitucionales, en el sentido de su realización práctica.⁴⁶ En el Poder Judicial brasileño "es común que los ciudadanos soliciten camas de hospital, medicamentos para la supervivencia, plazas en guarderías

⁴⁵ ADI 3356, Min. Rel. Eros Grau, Ponente de sentencia: Dias Toffoli, Tribunal en Pleno, juzgado el 30 de noviembre de 2017, publicado el 1 de febrero de 2019.

⁴⁶ Tavares, André Ramos, "Los instrumentos jurídicos específicos para combatir la omisión inconstitucional en Brasil y su contextualización socioeconómica", en Tavares, André Ramos y Gama Marina, Faraco Lacerda, *Omisión inconstitucional*, São Paulo, Editora Max Limonad, 2018, p. 11.

y escuelas, así como derechos de seguridad y asistencia sociales que simplemente son negados administrativamente [...]".⁴⁷

Recuerdo, por cierto, un caso que siempre considero emblemático: el propio tratamiento de los portadores del VIH por parte de la sanidad pública, que hoy se presta habitualmente y se ha convertido en una referencia mundial, fue el resultado de las decisiones judiciales que configuraron inicialmente este modelo de prestación sanitaria.⁴⁸ La decisión se produjo en control difuso-concentrado, en la sentencia monocrática del RE 246.262,⁴⁹ bajo la ponencia del Ministro Marco Aurélio, y por tratarse de una sentencia constitucional que versa sobre el derecho social a la salud, la Constitución en su artículo 196 establece que la salud es derecho de todos y deber del Estado. Una norma que, desde esta perspectiva garantista, se considera de aplicación inmediata.

En otro caso también inequívoco de esta dimensión de la Justicia, en 2007, el Estado brasileño de Alagoas fue obligado, por la Justicia estatal, a ofrecer el tratamiento adecuado para la obesidad mórbida. En el mismo acto, el Estado de Goiás se vio obligado a ofrecer tratamiento para la infertilidad femenina. Innumerables casos podrían ser recordados aquí. Así, por ejemplo, el Presidente del STF mantuvo la obligación (impuesta judicialmente) del Estado de Rio Grande do Norte de proporcionar regularmente el tratamiento completo de la diabetes.⁵⁰

También en lo que respecta al acceso a los medicamentos, el STF⁵¹ ratificó una fórmula de la Cámara de Regulación del Mercado de Medicamentos

⁴⁷ Tavares, André Ramos, "CNJ como órgano de apoyo a los magistrados en la complejidad de la toma de decisiones: el caso de los derechos sociales y económicos", en Bittencourt da Cruz, Fabrício (Org.), *CNJ 10 años*, Brasília, CNJ, v. I, 2015, p. 51.

⁴⁸ *Cfr.*, Tavares, André Ramos, "Justicia constitucional y derechos sociales en Brasil", en Francisco, José Carlos (coord.), *Neoconstitucionalismo y actividad judicial: del pasivismo al activismo judicial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2012, p. 141.

⁴⁹ RE 246.262, Min. Rel. Marco Aurélio, Decisión monocrática, juzgado el 17 de septiembre de 1999, publicado el 26 de octubre de 1999.

⁵⁰ SS 3345, Min. Rel. Ellen Gracie (Presidenta), Decisión Monocrática, juzgada el 13 de septiembre de 2007, publicada el 19 de septiembre de 2007.

⁵¹ RMS 28487, Min. Rel. Dias Toffoli, First Class, juzgado el 26 de febrero de 2013, publicado el 15 de marzo de 2013.

(CMED) que limitaba el precio de venta de ciertos medicamentos (Coeficiente de Adecuación de Precios). El sentido de esa decisión valida un tipo específico de acción regulatoria del Estado, demostrando que el llamado "libre mercado" no es un campo inalcanzable para la defensa de los derechos sociales. El precio, que se forma de acuerdo con los desig-nios del titular de la fuerza productiva, bajo un régimen de libre mercado, no siempre puede considerarse de conformación absolutamente libre, y no me refiero aquí a la situación en la que tradicionalmente, desde Adam Smith, se busca combatir el precio, que es la formación abusiva por el control del mercado (actos de concentración y dominio empresarial de los sectores económicos). Para el STF, la limitación de los precios de los medicamentos "está en consonancia con la prohibición constitucional del aumento arbitrario de los beneficios (artículo 173, § 4, CF/88)", considerando que la "preocupación social con los principios generales de la actividad económica" hace "legítima la actuación del Estado en la promoción del acceso universal e igualitario a la salud, derecho social garantizado por el artículo 196 de la Constitución Federal" (extractos del resumen de la decisión del STF). Finalmente, en este caso, el STF entendió que esos derechos sociales son responsabilidad "compartida por el Estado y por toda la sociedad"⁵² confirmando que estos derechos no sólo son efectivos contra el Estado, sino que se proyectan sobre todo el cuerpo social, incluidas las empresas privadas.

Con la pandemia por Covid-19, el Supremo Tribunal Federal de Brasil comenzó a actuar diariamente en casos y demandas relacionadas con los derechos sociales, especialmente la salud.

Al inicio de la pandemia, se activó el STF, a través del ADI 6.341,⁵³ para decidir sobre la competencia federativa para modificar normas en materia de salud pública. La decisión promovió la *interpretación conforme* a la

⁵² Menú RMS 28,487, *op. cit.*

⁵³ ADI 6341 MC-Ref Min. Rel. Marco Aurelio, Relator para Juicio: Edson Fachin, Tribunal Pleno, juzgado el 15 de abril de 2020, publicado el 13 de noviembre de 2020.

Constitución de la Ley Núm. 13.979/2020, reformada para prever medidas para hacer frente a la pandemia por Covid-19, asegurando que, además del gobierno federal, los estados, el distrito federal y los municipios también puedan crear normas sanitarias en el contexto de la pandemia.

Como ejemplo de una especie de decisión "gubernamental" del STF, en 2021, en la decisión dada en el ADPF 754,⁵⁴ bajo la ponencia del Ministro Ricardo Lewandowski, el STF determinó que el Gobierno Federal indicara criterios técnicos sobre el orden de preferencia entre grupos prioritarios respecto al plan nacional de inmunización del Covid-19.

G. Efectos de las sentencias constitucionales

En cuanto a los efectos de las sentencias constitucionales, hay tres tipos en Brasil: el efecto *erga omnes*, el efecto temporal (retroactivo o prospectivo) y el efecto vinculante.

El *efecto erga omnes* es común a todas las decisiones. Significa que el *decisum* llega a todos los individuos, independientemente de si fueron parte del proceso dentro del cual surgió la decisión. De hecho, ésta es una de las características que suele considerarse propia de los procesos de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes: no hay partes, formalmente hablando, y la decisión final beneficia a todos, es decir, es válida sin distinción.

Las declaraciones de inconstitucionalidad del STF, tradicionalmente hablando, siempre contaron con el efecto retroactivo, pues se utilizó el viejo pensamiento de que la ley inconstitucional es nula desde el origen.

Un procedimiento intermedio (como regla, pero no necesariamente, de inconstitucionalidad),⁵⁵ en la llamada jurisdicción constitucional, ha sido

⁵⁴ ADPF 754, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Pleno del Tribunal, juzgado el 1 de marzo de 2021, publicado el 11 de marzo de 2021.

⁵⁵ Entre otras cosas porque la declaración de constitucionalidad no forma parte de la práctica procesal constitucional del mundo.

admitido desde hace tiempo, tanto por la doctrina como por los tribunales constitucionales de todo el mundo, especialmente desde la Corte Constitucional italiana⁵⁶, siempre que se quiera afrontar una realidad muy compleja en la confrontación de normas inconstitucionales.

Se trata de una *posición intermedia* en el espectro del control de constitucionalidad. Desde su creación original ha supuesto una forma de evitar los excesos (indeseables) de las llamadas sentencias "puras", que se consideran decisiones de aceptación o rechazo. Sobre todo, evita el viejo entendimiento dicotómico, sedimentado en Brasil con las lecciones de los constitucionalistas clásicos estadounidenses, como Willoughby y T. Cooley, y Ruy Barbosa, de que o la norma es constitucional y, por tanto, plena en sus efectos, o es inconstitucional, a lo que seguiría el dogma de la nulidad de las leyes inconstitucionales,⁵⁷ independientemente de cualquier otra consideración. Pero incluso en el derecho estadounidense, ciertos temperamentos fueron admitidos al reconocimiento del régimen de nulidad absoluta *ab initio* por inconstitucionalidad, especialmente a partir de la Gran Depresión.

En este sentido, se habla mucho de decisiones "manipulativas", "intermedias", "limitativas" y "modificadoras", utilizando muchas veces estos términos de manera no consensuada e incluso con fuertes divergencias. De hecho, con Joaquín Brage Camazano se puede hablar de "un arsenal de sentencias atípicas".⁵⁸ También es una solución "mediadora" para muchos casos.

Dentro de este contexto intermedio, se habla tanto de *modulación de los efectos temporales* de la norma *sub judice*, como de *modulación del sentido*,⁵⁹

⁵⁶ Los primeros casos examinados por la doctrina italiana sobre la *Sintetizado* núm. 8, 1956, y núm. 26, de 1961 (leyes de seguridad pública) y el *Juicios* núms. 11 y 52, 1965 (derecho de defensa y Código de Procedimiento Penal).

⁵⁷ Contrariamente a la conocida teoría de Kelsen, *cfr. Teoría General del Derecho y del Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1992, p. 161.

⁵⁸ La acción abstracta de inconstitucionalidad. *Vid.*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2015, p. 373.

⁵⁹ Sobre el tema, *cfr. Moral Carlos Blanco de, op. cit.*, p. 17.

que traeré a colación, estando seguro de que en ambos casos el texto de la norma revisada se mantiene intacto en el ordenamiento jurídico, es decir, no es expulsado por decisión de la Justicia Constitucional.

Por regla general, la decisión intermedia es una categoría que se ha utilizado muy frecuentemente para modular los efectos temporales de una sentencia. En esta línea, este tipo de decisiones pretenden evitar los ataques sistemáticos y masivos a la seguridad jurídica, que se producirían con la declaración retroactiva de la inconstitucionalidad de una ley, especialmente cuando este reconocimiento se produce después de años y años de cumplimiento y aplicación (muchas veces de buena fe) de la ley.

A lo largo de su jurisprudencia, el STF modificó la comprensión tradicional de la nulidad retroactiva hasta incorporar en la Ley 9.868/99 la posibilidad de reconocer la inconstitucionalidad, pero no declarar la nulidad. El artículo 27 de esta Ley habla de la opción de "restringir los efectos de esa declaración o decidir que sólo sea efectiva desde el momento en que adquiera la condición de cosa juzgada o en cualquier otro momento que se fije"

El tercer efecto, el llamado efecto vinculante, fue creado por la Enmienda Constitucional núm. 3/1993 (EC 3), que añadió este efecto al artículo 102 de la CF para las decisiones dictadas en acciones declarativas de constitucionalidad. La importancia práctica del efecto vinculante es que permite que las decisiones que contradicen la decisión vinculante del STF se lleven directamente al STF para ser reformadas.

La innovación introducida por la EC 3 dejó fuera, sin razón, las decisiones dictadas en casos de acciones directas de inconstitucionalidad y demandas de incumplimiento. Esta restricción siempre se ha considerado inaceptable, entre otras cosas, porque una decisión negativa en una acción declarativa de constitucionalidad produce los mismos efectos que una

acción directa de inconstitucionalidad, es decir, declara la inconstitucionalidad del acto normativo.

La doctrina jurídica, ante tal equívoco, pretendía superarlo, a través de la exégesis. Posteriormente, mediante legislación infraconstitucional (Ley Núm. 9.868/99, artículo 28, párrafo único). Tales soluciones, sin embargo, eran precarias.

Además de esta situación, el Ministro Sepúlveda Pertence, del STF, ya defendió la posibilidad de efecto vinculante para las acciones directas de inconstitucionalidad cuando la acción declarativa de constitucionalidad es aplicable, en teoría, al sostener una interpretación sistemática de la Constitución después de la Enmienda núm. 3/9314.

Este régimen inclusivo del IDA se consolidó con la EC núm. 45, que modificó el párrafo 2 del artículo 102, y así amplió constitucionalmente el efecto vinculante, también a la acción directa de inconstitucionalidad.

Como ya he mencionado, este "novedoso" efecto vinculante supondrá básicamente un *plus* en relación con la eficacia *erga omnes*, ya que crea la posibilidad de medidas procesales, mediante la llamada "denuncia", por violación de la autoridad del Supremo Tribunal Federal, para posibilitar que las decisiones que violen la decisión del STF sean inmediatamente corregidas por éste.

El efecto vinculante elimina el carácter discrecional de la interpretación de la constitucionalidad o no de la ley ya analizada por el STF. Es decir, esta posibilidad se aleja de los demás órganos del Poder Judicial y del Ejecutivo.

Algunos autores consideran también, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, que el efecto vinculante significa ampliar la obligación de cumplir los motivos de la decisión y no limitarla sólo a la parte dispositiva.

H. Conclusiones: el papel del STF en la transformación de la realidad brasileña

"El modelo de constitucionalismo brasileño, típico de algunos países periféricos, implica un aspecto que, en cierto sentido, puede considerarse revolucionario, y también transformador. Esto implica una misión de desarrollo legalmente impuesta a la sociedad y al Estado, superando una etapa meramente liberal basada, económicamente, en la ausencia del Estado y en la supremacía del mercado".⁶⁰

Es debido a este contexto transformador, adoptado por los países periféricos que pretenden salir de esta condición de subdesarrollo y atraso, que el sistema de control de constitucionalidad no puede desconectarse de esta misión constitucional.⁶¹ Esta perspectiva rara vez es discutida por la literatura europea o estadounidense, pero merece nuestra atención y respeto. Especialmente la protección de la Justicia Constitucional contra la omisión del legislador y, también, la realización judicial inmediata de los derechos sociales declarados constitucionalmente, se incluyen en este vector axiológico e histórico.

El sistema de control por omisión en Brasil tiene sus características únicas y debe entenderse como dirigido a instrumentalizar este papel social transformador del Estado.⁶² Está "inmerso en las líneas innovadoras del constitucionalismo latinoamericano, que es históricamente inventivo en 'el control de constitucionalidad, porque en muchos casos anticipó modelos considerados como la base del derecho europeo'".⁶³

Además, la propia constitución social y sus diversos derechos están anclados en este contexto específico. "La Constitución de 1988 presenta una

⁶⁰ Tavares, André Ramos, *Los instrumentos jurídicos...*, op. cit., p. 12.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Idem*.

⁶³ Tavares, André Ramos, "El control de constitucionalidad por omisión y análisis histórico-comparativo entre Brasil y México", *Revista Brasileña de Estudios Constitucionales*, RBEC, año 10, núm. 35, mayo/agosto de 2016, pp. 43-62.

carga de derechos y prerrogativas para el ciudadano que, para muchos países, con una democracia más desarrollada, puede considerarse excesiva. Sin embargo, no se puede pasar por alto que la Constitución de 1988 establece una ruptura con un régimen dictatorial autoritario en el que no había una independencia efectiva y plena de poderes y, además, el Poder Ejecutivo se había vuelto hipertrófico superponiéndose al Legislativo y al Judicial".⁶⁴

Bajo la Constitución de 1988, los derechos ganaron prominencia normativa, "pero la realidad aún está lejos de las pretensiones constitucionales. En parte, la agonía de los derechos bajo una Constitución democrática se debió a las constantes crisis económicas, junto con la incapacidad y el desinterés político en establecer una planificación gubernamental a largo plazo, cooptada por el populismo inmediato y, en parte, este estado de cosas ciertamente también se debe a la corrupción sistémica y estructural en los poderes electos".⁶⁵

El papel institucional del Poder Judicial tuvo que seguir el cambio del paradigma (constitucional) del Estado Liberal al Estado Social. Esto generó para el Poder Judicial *nuevos estándares de decisiones judiciales concretas*, especialmente en el caso de que el Estado se niegue a cumplir con los deberes y metas establecidos constitucionalmente,⁶⁶ una negativa que se produjo en detrimento de la mayoría de la población.

Esta transición de paradigmas constitucionales en Brasil es similar a la transición que ocurrió en otros países con una etapa periférica de desarrollo, que optaron por un modelo de ruptura con las bases esencialmente liberales del Estado, a partir de la Constitución mexicana de 1917.

Hay que añadir una fase de fortalecimiento democrático, que es extremadamente fructífera en la realización de los derechos fundamentales.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 11.

En este tema, el Poder Judicial también asumió un papel central y fue responsable de construir una parte significativa de la ciudadanía esencial para la realización de cualquier proyecto democrático. Es decir, en Brasil, las decisiones constitucionales se han convertido en instrumentos importantes para "imponer" la provisión estatal de derechos sociales y garantizar un aumento de la democracia económica, contra el retraso histórico y la violación permanente de otros poderes. Como dije en otro estudio: "[este] reconocimiento en grado constitucional de los derechos sociales y la incapacidad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo para implementarlos adecuadamente han generado numerosas y repetitivas demandas al Poder Judicial brasileño".⁶⁷ Y fue precisamente esta situación la que llevó al Poder Judicial (en comparación con su lectura tradicional) a un nuevo papel (que estaba, por supuesto, en la Constitución de 1988). Se trata de desempeñar la función que "requiere una actuación judicial más compleja, tanto desde un punto de vista conceptual como en sectores tradicionalmente intocables, como el presupuestario",⁶⁸ puesto que los derechos sociales "han sido abandonados por los propios Parlamentos, Ejecutivos y Administración Pública".⁶⁹

Hablando específicamente de Brasil, estoy seguro de que estos derechos implican "la función transformadora del Estado brasileño asumida constitucionalmente. Es sabido que nuestra historia social, económica y política siempre ha estado impregnada de *desigualdad e injusticia*. La Constitución de 1988 impulsa al Estado brasileño a una postura transformadora de esta realidad".⁷⁰

Es en este sentido que debe analizarse el artículo 170 de la Constitución de Brasil, que se articula con el artículo 3o., este último imponiendo los objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil en la lucha contra la desigualdad social y regional.

⁶⁷ Tavares, André Ramos, "CNJ como instancia de apoyo...", *op. cit.*, p. 50.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁹ Tavares, André Ramos, *Manual del Poder Judicial*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 42.

⁷⁰ Tavares, André Ramos, CNJ como instancia de apoyo..., *op. cit.*, p. 49.

El artículo 170 recoge la existencia digna como base del orden económico. Éste es un elemento normativo que llama la atención. Contiene la llamada "Democracia Económica", uno de los aspectos más sensibles y menos analizados en la literatura nacional. Esta democracia asume un sesgo de "transformación de la sociedad",⁷¹ un modelo que fue incorporado (reafirmando el artículo 3o.) en el *caput* del artículo 170 y, por tanto, integra inequívocamente el Orden Económico brasileño⁷². Este conjunto normativo constitucional permitió un conjunto muy específico de decisiones constitucionales del STF, que determinaron el cumplimiento inmediato de los derechos sociales, incluyendo la superación de la inmunidad histórica de los Poderes por su omisión.

Pero este mandato constitucional transformador aún está lejos de convertirse en una realidad, dada la alarmante situación socioeconómica en la que aún nos encontramos. Según datos de 2019, sólo 54.1% de la población brasileña tiene acceso a la recolección de aguas residuales. Es decir, casi 100 millones de brasileños no tienen acceso a este servicio.⁷³

La precariedad socioeconómica brasileña también se siente en el aspecto de la violencia, como advertí en 2017. Brasil "[es] el país con el mayor número absoluto de homicidios",⁷⁴ lo que, sumado a otros elementos críticos, eleva al país a uno de los más violentos del mundo. Este escenario se agrava con la pandemia del Covid-19 y los primeros reflejos se empiezan a sentir.

En mayo de 2021, una encuesta sobre inseguridad alimentaria en el contexto del Covid-19 reveló que 55.2% de la población brasileña sufre alguna amenaza a su derecho a la alimentación. Además, alrededor de

⁷¹ Tavares, André Ramos, *Directiva Derecho Económico...*, op. cit., p. 153.

⁷² La combinación de asuntos aquí es intencional. La compartimentación del conocimiento, así como el gusto del formalismo irresponsable, ha servido para impedir y bloquear la comprensión económica de la democracia prevista en la Constitución de 1988.

⁷³ Datos disponibles en «<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/esgoto>», acceso el 28 de julio de 2021.

⁷⁴ Tavares, André Ramos, *La deconstrucción del Pacto Constitucional...*, op. cit., p. 152.

19 millones de brasileños están en una situación grave de falta de acceso a alimentos.⁷⁵

El aspecto que quiero destacar con estos datos es que este marco social, de verdadero flagelo de la sociedad brasileña, fue identificado y registrado en la Constitución de 1988, y constituye la causa cercana a los mandatos transformadores, de una Constitución innovadora. Y, en gran medida, las decisiones constitucionales del STF se alinearon con este mandato constitucional de transformación. Podemos decir que se trata de *sentencias constitucionales transformadoras*.

Por estas razones, la realización constante de los derechos sociales a través de decisiones constitucionales del Poder Judicial (y del STF) forma parte de esta transformación de la realidad social que pretende la Constitución económica, demostrando que "se ve afectada por otras normas constitucionales y también las afecta, de cierta manera".⁷⁶

Esta categoría de decisiones constitucionales para la implementación de los derechos sociales requirió superar la jurisprudencia de bloqueo creada en Brasil, especialmente dirigida a los derechos sociales,⁷⁷ enunciada

⁷⁵ Estudio de entidades civiles, reportado por Uol Portal, disponible en «<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/05/22/lome-provocada-pela-pandemia-atinge-19-mi-de-brasileiros-diz-levantamento.htm>», consultado el 28 de julio de 2021.

⁷⁶ Tavares, André Ramos, *Derecho constitucional económico*, 3a. ed, São Paulo, Método, 2011, p. 81.

⁷⁷ Pero no sólo los derechos sociales. Lo que llamé el proceso de deconstrucción de nuestro Pacto comenzó incluso antes de la promulgación de la Constitución de 1988, con la noticia de la elaboración de lo que sería la Opinión del Consultor General de la República, una posición ya inexistente en la Constitución de 1988. De la minería de Saulo Ramos, el Dictamen suspendió literalmente el artículo 192 de la nueva Constitución de Brasil, en el que estipulaba el tope de interés real en 12% anual. El Banco Central de Brasil, mediante una mera Circular (Circular núm. 1365) publicada todas las instituciones cumplir con una norma constitucional anulando ese techo. A esta opinión, una Corte Suprema aún fresca del dictado, busca afirmarse como un nuevo tribunal constitucional, invocaría la teoría de las normas programáticas para descartar la realización de la Constitución a niveles similares a los de las naciones económicamente desarrolladas. Unos años más tarde, el Congreso ratificaría formalmente lo que ya se había hecho en la práctica autorizada de la Corte Suprema, prohibiendo la cláusula del texto de la Constitución. La discusión sobre esta decisión de la Corte Suprema, por tanto, perdería parte de su relevancia. También hay muchas voces hoy que advierten que es una especie de extravagancia intrascendente querer imponer un plan para reducir las tasas de interés estratosféricas practicadas en Brasil.

en cláusulas como las *normas programáticas*, una concepción que fue capaz de impedir la realización plena e inmediata de los mandatos constitucionales.⁷⁸

Este puede haber sido uno de los principales factores impulsores de la democracia brasileña y la legitimidad que el Poder Judicial ha logrado en la conducción de esta democracia.

Superada la tesis retrógrada de que había normas constitucionales bloqueadas, el "nuevo bloqueo" se llevaría a cabo enfática y abiertamente por una regla constitucional superveniente. Se trata de la EC 95, que bloquea el crecimiento del país y, sobre todo, impide el nivel de realización de los derechos sociales básicos, en un país periférico todavía fuertemente marcado por la pobreza y la miseria, como se ha visto. Este se ha convertido ahora en el principal foco de resistencia al Estado Social, al que se enfrentará el STF, en el ADI 5.680. Ciertamente, el paso del tiempo sin una decisión del STF puede equivaler, aquí, a una trampa procesal contra los derechos sociales. En marzo de 2020, la Ministra Rosa Weber, ponente de la acción, emitió una orden con el fin de solicitar que el Fiscal General de la Unión presente datos sobre el posible impacto del régimen presupuestario del techo de gasto en el presupuesto fiscal y la seguridad social de la Unión, especialmente aquellos que compiten con el tema de la salud pública.

En este sentido y sobre este punto concreto, considero que las teorías abstractas sobre el grado de deferencia de una Corte, o, por el contrario, sobre su perfil supremacista,⁷⁹ o incluso sobre su popularidad, contribuyen poco al debate de la transformación democrática estructural que se impone.

⁷⁸ Cfr. Bercovici, Gilberto, "Estado intervencionista y Constitución social en Brasil: El silencio ensordecedor de un diálogo entre ausentes", en Souza Neto, Cláudio Pereira de, Sarmiento, Daniel y Binenbojm, Gustavo (orgs.), *Veinte años de la Constitución Federal de 1988*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009 y Tavares, André Ramos, *La deconstrucción del Pacto Constitucional...*, op. cit.

⁷⁹ Joven, Katharine G., *Constituir derechos económicos y sociales*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Además de estas posiciones abstractas, es necesario anotar lo que sucede en la realidad concreta, para evaluar las consecuencias efectivas de las decisiones adoptadas, ya sean supremacistas o deferentes, innovadoras o tradicionales.

I. Fuentes de consulta

Bercovici, Gilberto, "Estado intervencionista y Constitución social en Brasil: el silencio ensordecedor de un diálogo entre ausentes", en Souza Neto, Cláudio Pereira De, Sarmiento, Daniel y Binbojm, Gustavo (orgs.), *Veinte años de la Constitución Federal de 1988*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

Brage Camazano, Joaquín, "La acción abstracta de inconstitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel, *Curso de derecho procesal constitucional*. México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2015.

Dimoulis, Dimitri y Lunardi, Soraya, *Curso de Proceso Constitucional: control de constitucionalidad y recursos constitucionales*, 6a. ed., Sao Paulo, RT, 2019.

Favoreu, Louis, "Los tribunales constitucionales", en Belaunde, D. García y Segado, F. Fernández (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 95-115.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1992.

Morais, Carlos Blanco de, "Las sentencias con efectos aditivos", en *Sentencias intermedias de justicia constitucional: Estudios luso-brasileños de Derecho Público*, Lisboa, AAFDL, 2009.

Morello, Augusto M., *Admisibilidad del recurso extraordinario: el certiorari según la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

Salazar, Alcino, *Judiciary: bases for reorganization*, Río de Janeiro, Forensics, 1975.

Tavares, André Ramos, *Corte y jurisdicción constitucional*, São Paulo, IBDC, 1998.

_____, *Tratado sobre la Exigusión del Precepto Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001.

_____, "Perfil constitucional del recurso extraordinario", en *Aspectos actuales del control de constitucionalidad en Brasil*, Río de Janeiro, Forense, 2003.

_____, *Teoría de la justicia constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005.

_____, *Derecho constitucional económico*, 3a. ed., São Paulo, Método, 2011.

_____, *Manual del Poder Judicial*, São Paulo, Saraiva, 2012.

_____, "Justicia constitucional y derechos sociales en Brasil", en Francisco, José Carlos (coord.), *Neoconstitucionalismo y actividad judicial: del pasivismo al activismo judicial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2012, pp. 137-153.

_____, *Directiva Derecho Económico: camino de propuestas transformadoras*, São Paulo, 2014 (tesis de propiedad, USP).

_____, "Facciones privadas y política económica no democrática de la dictadura brasileña", *Revista Brasileña de Estudios Constitucionales - RBEC*, v. 32, 2015, pp. 1047-1066.

_____, "CNJ como órgano de apoyo a los magistrados en la complejidad de la toma de decisiones: el caso de los derechos

sociales y económicos", en Fabrício Bittencourt da Cruz, (Org.), *CNJ 10 Años*, Brasilia, CNJ, v. 1, 2015, pp. 33 a 52.

_____, "El control de constitucionalidad por omisión y análisis histórico-comparativo entre Brasil y México", *Revista Brasileña de Estudios Constitucionales — RBEC*, año 10, núm. 35, mayo/agosto de 2016, pp. 43-62.

_____, "La deconstrucción del pacto constitucional", en Stefano, Stefano, Mendonça, Maria Luisa (org.), *Derechos humanos en Brasil 2017: informe de la red social de justicia y derechos humanos*, São Paulo, Otras expresiones, 2017, pp. 147-156.

_____, "Los derechos sociales y su 'evolución judicial' en los 30 años de la Constitución de Brasil", en Toffoli, José Antonio Dias (org.), *30 años de la Constitución brasileña: democracia, derechos fundamentales e instituciones*, Río de Janeiro, Forense, 2018, pp. 597-620.

_____, "Democracia protegida por la Corte Suprema y el TSE", *Revista do Advogado*, v. 140, 2018, pp. 122-129.

_____, "Los instrumentos jurídicos específicos para combatir la omisión inconstitucional en Brasil y su contextualización socioeconómica", en Tavares, André Ramos y Gama, Marina Faraco Lacerda, *Omisión Inconstitucional*, São Paulo, Editora Max Limonad, 2018, pp. 9-38.

_____, *Curso de Derecho Constitucional*, 18a. ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

Young, Katharine G., *Constituyendo derechos económicos y sociales*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria, *Justicia Constitucional*, Bolonia, Il Mulino, 2012.

8. Tipologías y efectos de las decisiones de la Corte Suprema de Canadá

Sergio Gerotto*

(Traducción de Pamela Ivonne Rodríguez Padilla)

* Profesor ordinario en el Departamento de Ciencias Políticas, Jurídicas y Estudios Internacionales de la Universidad de Padua. Correo electrónico: «sergio.gerotto@unipd.it».

SUMARIO: A. Premisa: algunas coordenadas para orientarse en el sistema canadiense; I. Federalismo; II. Bilingüismo y bijuridismo; III. La Carta canadiense de los derechos y las libertades; B. La Corte Suprema de Canadá; C. Las funciones de la Corte Suprema de Canadá; I. La Carta canadiense de los derechos y las libertades; II. La *reference jurisdiction*; III. El control judicial (*judicial review*); D. Tipología y efectos de las decisiones de la Corte Suprema; I. El test de racionalidad de las limitaciones impuestas a los derechos; II. La declaración deferida de invalidez (*delayed declaración of invalidity*); III. La declaración general de invalidez (*general declaración of invalidity*); E. Bibliografía.

A. Premisa: algunas coordenadas para orientarse en el sistema canadiense

La justicia constitucional es uno de los elementos más característicos del Estado constitucional, en particular, en el interior de la dimensión paradigmática que se ha delineado después de la segunda posguerra.¹ Hoy es difícil pensar en un Estado que quiera declararse democrático de manera moderna y concreta que al mismo tiempo renuncie a una mínima forma de control de constitucionalidad de las leyes. Para la generación de los

¹ Sobre el paradigma de la posguerra (*postwar paradigm*), sobre su evolución después de 1989 y de manera más reciente, las primaveras árabes, se han escrito ríos de tinta. No resulta oportuno hacer recomendaciones bibliográficas que serían inevitablemente incompletas. Preferimos señalar sólo un trabajo reciente de Tania Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Boloña, Il Mulino, 2020. La autora ha recogido en este trabajo un considerable número de ensayos conectados con el *fil rouge* propio de la afirmación de la democracia constitucional en aquello que ha sido definido como *postwar paradigm*. El trabajo resulta interesante sin lugar a dudas, ya sea por la variedad de los aspectos analizados en el cuadro más amplio del constitucionalismo global, que por la visión de conjunto que se puede extraer, amén, en fin, por la bibliografía citada conspicua y exhaustiva.

juristas que se formaron en la segunda posguerra se trata casi de una regla universal: la Constitución debe ser necesariamente rígida² para que pueda desarrollarse una democracia plena, *completa*, en consecuencia, la justicia constitucional es indispensable, puesto que la rigidez constitucional carece de sentido si no existe la posibilidad de aplicar efectivamente las reglas establecidas de la Constitución y esto implica *in primis*, pero no sólo, el control de constitucionalidad de las leyes.³

Claramente la rigidez de la Constitución no es por sí misma suficiente para que se consolide una democracia constitucional. Una Constitución debe también tener determinados contenidos, pero sobre todo debe ser concretamente aplicada y respetada. Sin embargo, aún dados por descontado estos contenidos la rigidez constitucional y el control de la constitucionalidad representan requisitos mínimos indispensables de una democracia constitucional. La justicia constitucional permite a la Constitución formal de convertirse en una Constitución concretamente operativa, consintiendo además la adaptación a las mudables exigencias de una sociedad en continua evolución.

Sin embargo, la idea de que el Parlamento, órgano representativo, esté sujeto al control de un juez, que no cuenta con la misma carga representativa que un parlamento, no está exenta de problemas. La justicia constitucional porta consigo el problema de su legitimación.⁴ Por varios

² El de la rigidez constitucional es un tema clásico en el derecho constitucional. Señalamos sólo un reciente trabajo notable sobre este argumento: Ferrari, F., *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, Milán, Franco Angeli, 2019.

³ No faltan las excepciones a la regla, como la de Suiza, de la cual hablaremos poco, donde aún hoy día no se cuenta con un control de constitucionalidad de las leyes.

⁴ El problema de la legitimación democrática del control judicial (*judicial review*) se ha convertido en una verdadera obsesión para la doctrina estadounidense después de que Alexander Bickel haya atraído la atención sobre la objeción contramayoritaria (*countermajoritarian difficulty*). Vid. Bickel, A., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, Yale University Press, 1986. No se cuentan los trabajos que se ocupa del problema de dar una justificación sobre bases democráticas al control judicial. Prácticamente cada obra que trata del justiciar constitucional afronta este tema (así como los manuales, como por ejemplo el de Tribe, L. H., *American constitutional law*, New York, Foundation Press, 3a. ed., 2000, pp. 302-304). Diversamente la doctrina de los países que adoptan el control concentrado generalmente no se ocupa del problema, salvo en aquellos casos donde por razones particulares esto se advierte más que en otros, como en

motivos, en algunos ordenamientos este problema se advierte más que en otros. En el caso de Suiza, por ejemplo, siendo un sistema que atribuye tanta importancia a la participación ciudadana a través de las instituciones de la democracia directa, el admitir el control de constitucionalidad de las leyes implicaría quitar la última palabra ya no sólo al Parlamento, sino al pueblo mismo.⁵

Canadá ha experimentado problemas análogos. El parámetro de control más importante, la Carta Canadiense de los Derechos y de las Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), introducido sólo en 1982, ha accionado aquel cortocircuito entre jueces y legisladores ya evocado

el caso de Francia. No se puede decir que la única reflexión sobre la legitimación democrática del control de constitucionalidad para los ordenamientos de carácter concentrado sea aquella de Kelsen (Kelsen, H., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981; versión en español *Escritos de justicia constitucional*, Tecnos, 2021; tr. de Juan Luis Requejo), pero es cierto que no se dedica el problema la misma atención que en la doctrina estadounidense. Por las razones expuestas nos parece superfluo desarrollar aquí una lista de obras sobre el tema, que inevitablemente sería incompleta. Reenviamos únicamente a una serie de extensos artículos en los que Barry Friedman ha reconstruido la historia de la objeción contramayoritaria: Friedman, B., "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy", en *New York University Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 333 y ss.; *Id.*, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court", en *Georgetown Law Journal*, núm. 91, 2002, pp. 1 y ss.; *Id.*, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of Lochner", en *New York University Law Review*, núm. 76, 2001, pp. 1383 y ss.; *Id.*, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part IV: Law's Politics", en *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 148, 2000, pp. 971 y ss.; *Id.*, "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part V", en *Yale Law Journal*, núm. 112, 2002, pp. 153 y ss.

⁵ La cuestión meditaría un estudio que no es posible llevar a cabo de manera exhaustiva en este momento. Nos limitamos a acentuar dos aspectos merecedores de reflexión. En primer lugar, el control de constitucionalidad en Suiza, aún si formalmente se encuentra excluido por las leyes federales, está previsto por las leyes cantonales. Las federales no pueden de hecho ser juzgadas inconstitucionales porque son "inmunes" gracias a una cláusula que impone a los jueces la aplicación del derecho federal. El artículo 190 de la Constitución afirma de hecho que "El Tribunal Supremo Federal y las demás autoridades judiciales aplican las leyes federales y el derecho internacional" (traducción no oficial tomada de la página web de la Biblioteca Nacional del Congreso de Chile: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/che>). En segundo lugar, la formulación de esta cláusula no ha impedido, es más quizás ha propiamente consentido, en conjunto con el principio de la primacía del derecho internacional, que el tribunal federal desarrollase una doctrina con base en la cual es posible de esa aplicar las leyes federales que contravienen al *ius cogens*, especialmente cuando se trata de convenciones internacionales sobre los derechos fundamentales, como en el caso del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificada por Suiza en 1974.

Para profundizar sobre el tema del ordenamiento suizo, recomendamos la obra de Gerotto, S., Mahon, P. y Sánchez, R., *Il sistema costituzionale svizzero*, Padova, Cedam, 2020, de próxima publicación en español bajo el sello editorial Astrea.

por la doctrina estadounidense, al punto que también aquí se ha desarrollado un encendido debate sobre el papel de la Corte Suprema y de la justicia constitucional en sentido lato.⁶ Para eludir (o quizás sería mejor dicho sortear) el problema de la conflictividad entre jueces y legisladores, P. Hogg y A. Bushell han reconstruido la dinámica institucional en términos de diálogo y no de conflicto,⁷ teoría elaborada por la misma

⁶ *Infra*, párr. 1.3.

⁷ *Cfr.* Hogg, P. W. y Bushell, A. A., "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing after All)", en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 35, 1997, pp. 75 y ss. Este trabajo ha comenzado un amplio debate en la doctrina canadiense, tanto que a 10 años de distancia de su publicación, los dos autores han regresado sobre la cuestión para responder a las numerosas críticas realizadas en su contra y puntualizar algunos aspectos de la misma teoría a la luz de la jurisprudencia de los años sucesivos entre los dos trabajos; Hogg, P. W., Thornton, A. A., Wright, W. K. "Charter Dialogue Revisited - Or Much Ado About Metaphors", en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 1 y ss. Véanse también: Bateup, C. "The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue", en *Brooklyn Law Review*, núm. 71, 3, 2006, pp. 1109 y ss.; Cameron, J., "Dialogue and Hierarchy en Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills", en *Alberta Law Review*, vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 1051 y ss.; Friedman, B., "Dialogue and Judicial Review", en *Michigan Law Review*, núm. 91, núm. 4, 1993, pp. 577 y ss.; Haigh, R. y Sobkin, M., "Does the Observer have an Effect?: An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts", en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 67 y ss.; Hogg, P. W., "Discovering Dialogue", en *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 3 y ss.; Manfredi, C. P., "The Day Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada*", en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 105 y ss.; *Id.*, "The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003", en *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 105 y ss.; Leclair, J., "Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien", en *Canadian Bar Review/La revue du Barreau canadien*, número especial, 2003, pp. 377 y ss.; Mathen, C., "Constitutional Dialogue in Canada and the United States", en *National Journal of Constitutional Law-Revue nationale de droit constitutionnel*, núm. 14, 2002-2003, pp. 403 y ss.; Murphy, J., "Dialogic Responses to M. v. H., From Compliance to Defiance", en *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 59, núm. 2, 2001, pp. 299 y ss.; Roach, K., "Constitutional and Common Law Dialogue Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", en *Canadian Bar Review/La revue du Barreau canadien*, núm. 80, 2001, pp. 481 y ss.; *Id.*, *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001; *Id.*, "Remedial Consensus And Dialogue Under The Charter: General Declarations and Delayed Declarations Of Invalidity", *University of British Columbia Law Review*, núm. 35, 2001-2002, pp. 211 y ss.; *Id.*, "Dialogic Judicial Review and its critics", *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 49 y ss.; *Id.*, "Constitutional, Remedial and International Dialogue about Rights: The Canadian Experience", *Texas International Law Journal*, núm. 40, 2005, pp. 537 y ss.; *Id.*, "Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions Canada and the United States", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 347 y ss.; *Id.*, "A Dialogue About Principle and a Principled Dialogue: Justice Iacobucci's Substantive Approach to Dialogue", *University of Toronto Law Journal*, núm. 57, 2007, pp. 449 y ss.; *Id.*, "Sharpening the Dialogue Debate: the Next Decade of Scholarship", *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 169 y ss.; Tremblay, L. B., "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, pp. 617 y ss.; Waldron, J., "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 7 y ss.

Corte, que la ha evocado en más decisiones.⁸ Para comprender de manera plena el modelo canadiense es útil fijar algunas coordinadas para orientarse.⁹

I. Federalismo

Canadá es un ordenamiento federal, lo que implica que los tres poderes se encuentran repartidos en diversa medida entre el Estado central y los Estados miembros, o provincias (*Province*). A las provincias les compete también, por tanto, el Poder Judicial, Y esto no puede no tener consecuencias en lo que concierne a la justicia constitucional, más aún cuando el control de constitucionalidad es de tipo difuso. Existen diversas formas de federalismo judicial y el aplicado en Canadá prevé que a las provincias les compete de manera exclusiva el poder de administrar la justicia en el interior del propio territorio, aplicando tanto el derecho provincial como el derecho federal. Son entonces las cortes provinciales las que cuentan con jurisdicción en vía general. Las cortes federales, creadas por el Parlamento con base en el poder que le fue atribuido por el artículo 101 del *British North America Act* (Bnaa) de 1867,¹⁰ son centralizadas y tienen jurisdicción en primera instancia o en apelación en las materias que les han sido otorgadas de manera expresa por la respectiva ley que las ha instituido. La Corte Federal de Canadá,¹¹ por

⁸ Por primera vez en *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493.

⁹ El ordenamiento canadiense ha sido desde siempre objeto de gran interés por parte de la doctrina italiana. Por esta razón es posible conseguir una conspicua cantidad de bibliografía en esta lengua sobre varios aspectos relacionados al funcionamiento de las instituciones canadienses. A continuación, haremos referencia en varias ocasiones a la doctrina italiana, mediante la yuxtaposición con su homóloga canadiense.

¹⁰ "The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". En ejercicio de este poder, el Parlamento ha creado a la misma Corte Suprema, particular sobre el cual regresaremos con más detalle en párrafos posteriores, la Corte Federal y el Tribunal Fiscal. Véanse *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26; *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7; *Tax Court of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. T-2.

¹¹ La Corte Federal de Canadá estaba organizada inicialmente con una división en su interior en *Trial división* y Corte de Apelación. Enseguida esta división fue superada con la creación de dos Cortes distintas y separadas: la Corte Federal y la Corte Federal de Apelación.

ejemplo, tiene jurisdicción sobre los recursos presentados por o contra el gobierno federal, sobre las materias relacionadas al derecho marítimo, sobre copyright, patentes, marcas, así como sobre los impuestos federales.

No existe entonces un sistema judicial Federal estructurado en el ámbito local, como es el caso de los Estados Unidos, donde la administración de la justicia federal se encuentra repartida en los tres niveles de las Cortes de distrito (89 en total, distribuidas en los 50 estados y territorios), de circuito (13 en total), y de la Corte Suprema, que constituye la instancia de apelación última, ya sea de la jurisdicción federal que de la estatal.

La organización federal del ordenamiento implica también la necesidad de contar con el control judicial (*judicial review*), que en los ordenamientos descentralizados asumen entre otras cosas la tarea de garantizar la correcta aplicación de las reglas constitucionales sobre la distribución de los poderes.¹² Las reglas que atribuyen poderes a los diferentes niveles

¹² Hogg, P. W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2007 con actualizaciones, párr. 5.5, considera inclusive que se trata de una tarea primaria para los ordenamientos descentralizados, que no podrían dejar de lado del control judicial (*judicial review*) como sucede en aquéllos de carácter unitario. Esta posición no toma en consideración de algunas excepciones importantes que hemos referido en párrafos anteriores (*vid. nota al pie número 5*), como Suiza. Más aún, el célebre precedente, por no decir el más famoso, en el cual se fija el nacimiento del control judicial, la sentencia *Marbury v. Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, tenía poco o nada que ver con la repartición del poder entre diferentes niveles de gobierno. En este caso la Corte decidió "simplemente" que el legislador federal había sobrepasado los límites impuestos por la Constitución. El caso tenía más que ver con la relación entre la ley y la Constitución y no entre los niveles de gobierno. En específico, el legislador había contravenido la disposición constitucional que delimita los poderes del judicial atribuyendo a la Corte Suprema una jurisdicción que no se comprendía expresamente en el artículo iii.2. Que después el control judicial estadounidense no se refiera al esquema indicado por P. Hogg emerge también de los escritos de *El Federalista*. En el ensayo número 78, Alexander Hamilton afirmaba que:

La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.

de gobierno, y en particular el Poder Legislativo, definidas en la Constitución, fijan los límites a los que las legisladoras y los legisladores deben sujetarse para no invadir las otras esferas de competencia, por lo que sirve un órgano imparcial que vigile su respeto. Por otra parte, al remontarnos al periodo inmediatamente precedente a la Confederación, es posible rastrear un acto fundador del control judicial canadiense que tenía la misma razón de existir. Se trata del *Colonial Law Validity Act* de 1865, un documento encaminado a resolver los contrastes entre las leyes de las colonias y cada documento emitido por el Parlamento Británico, es decir, ni más ni menos que conflictos legislativos entre diferentes niveles de gobierno.

II. Bilingüismo y bijuridismo

En Canadá coexisten dos comunidades lingüísticas diversas, la anglófona, mayoritaria y la francófona, minoritaria. Se trata de un plurilingüismo institucional. Las dos lenguas son de hecho oficiales, razón por la cual todos los textos normativos, así como la sentencias de la Corte Suprema, deben ser redactados en las dos versiones lingüísticas que tienen igual eficacia en el plano jurídico.

El plurilingüismo no es una prerrogativa canadiense. Una situación análoga se encuentra en otros ordenamientos.¹³ Más peculiar es la situación descrita por el término bijuridismo, con el que se hace referencia a la coexistencia de dos sistemas jurídicos distintos: el de *common law* de matriz anglosajona, y el de *civil law*, vigente sólo en la provincia de Quebec. La convivencia de dos sistemas jurídicos diferentes en el interior de los confines de un único Estado implica una serie de consecuencias

Cfr. Hamilton, A., Madison, J y Jay, J., *El Federalista*, p. 295. Recuperado de: «<https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>».

¹³ Otros ordenamientos presentan situaciones aún más complejas en el plano lingüístico. Suiza, por ejemplo, cuenta con tres lenguas oficiales (alemán, francés e italiano) y una nacional (romanche). Los textos normativos se producen en las tres lenguas oficiales y tienen valor legal pleno. Las decisiones del Tribunal Federal son dictadas en la lengua de la parte demandante.

sobre el andamiaje constitucional en su conjunto. No existe, por ejemplo, el "simple" problema de producir dos versiones lingüísticas de un mismo documento, sino que es necesario también traducir conceptos de un sistema que prevé ciertas instituciones a otro por el cual estas mismas pueden resultar del todo ajenas. No se trata, pues, *sólo* de traducir sino más bien de *armonizar*.¹⁴

Esto tiene consecuencias sobre todo en el modo en el cual la justicia se administra y se organiza. En lo que concierne a la justicia constitucional es evidente que no puede existir una distinta para Quebec y una para el resto de Canadá (Roc, como viene definido Canadá sin Quebec) la Constitución es una sola y debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme en todo el territorio del Estado. La convivencia de dos sistemas jurídicos atribuye a la justicia constitucional un papel adicional, el de armonizar la interpretación de la Constitución en los dos sistemas. No es casual que en la Corte Suprema presidan de manera obligatoria tres jueces de formación "civilista". Esta aplicación tiene una explicación en parte técnica, en parte política. Desde una perspectiva eminentemente técnica, un jurista formado exclusivamente en los ambientes del *common law* no puede moverse con la misma facilidad en el derecho civil que quien lo ha adquirido en su "ambiente natural". Desde una perspectiva de política constitucional, la presencia de los jueces de civil o en la Corte Suprema se explica con la voluntad de garantizar la convivencia de los dos sistemas jurídicos, en concreto, de garantizar la supervivencia del minoritario.¹⁵

¹⁴ No es posible dar cuenta en este breve trabajo de todas las implicaciones derivadas del bijuridismo, así como del bilingüismo institucional. El fenómeno es muy complejo y asimétrico. De hecho, se ha evidenciado que la receptividad del bijuridismo en Quebec es de diferente intensidad respecto del Canadá anglófono. El bijuridismo, entendido en el sentido amplio de fenómeno cultural y no simplemente como hecho jurídico, encontraría diversos obstáculos, más o menos escondidos, que entorpecen su receptividad fuera de Quebec. En otras palabras, la integración entre los dos sistemas no sería ciertamente fácil y automática. En ese sentido, véase Gaudreault Desbiens, J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007.

¹⁵ De manera inicial, los jueces de la Corte Suprema eran seis, de los cuales dos eran quebequeses. En 1927 se incrementó el número a 7 jueces en total, pero sin alterar la representación de los jueces de

III. La Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades

Una ulterior coordenada útil se refiere al parámetro del juicio de constitucionalidad. Es sabido que el parámetro coincide con la Constitución, que a su vez no debe entenderse en un sentido meramente formal. El parámetro comprende todos los actos de actuación e integración de la Constitución misma, y muchas veces también las fuentes de rango conectadas íntimamente a ésta.

No obstante, aun permaneciendo en el nivel constitucional propiamente dicho, Canadá presenta una situación compleja, ya que la Constitución está compuesta por un conjunto de textos que se han estratificado a partir del Bnaa de 1867, acto fundador de la Confederación canadiense, para después completarse de manera definitiva en 1892 con la aprobación, por parte del Parlamento británico, de la *Canada Act* y de la *Constitution Act*,¹⁶ en el cual viene incluida la misma Carta Canadiense de los Derechos y de las Libertades.¹⁷

formación civilista. La composición actual de la Corte, con nueve jueces, de los cuales tres son provenientes de Quebec, fue fruto de una modificación introducida en 1949 a la Ley sobre la Corte Suprema.

¹⁶ La *Constitution Act* de 1982 prevé también una cláusula que sanciona la rigidez constitucional. El artículo 52 establece que «*The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*». La rigidez constitucional entonces no se obtiene sólo implícitamente de la presencia de un procedimiento agravado de revisión constitucional, como en la gran parte de las constituciones rígidas, sino por la presencia de una disposición expresa.

¹⁷ Sobre la Constitución canadiense existen varios trabajos en italiano: Ceccherini, E., *Due contributi allo studio dell'ordinamento costituzionale canadese*, Siena, 1998; Groppi, T., *Canada*, Boloña, Il Mulino, 2006; Gobbo, M., "Costituzione del Canada", en Gobbo, M. (coord.), *Costituzioni federali anglosassoni*, Turín, Giappichelli, 1994; Gobbo, M., "The British North America Act", en *Ibidem*; Gobbo, M., "Constitution Act, 1982", en *Ibidem*. Sobre el tema específico de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*, señalamos: Ceccherini, E., "La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento di diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali", en Rolla, G. (coord.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada: tra universalità e diversità culturale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 41 y ss.; *Id.*, "Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe", en Rolla, G. (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 3 y ss.

La Carta canadiense es el texto que ha asumido mayor relieve como parámetro en el juicio de constitucionalidad. Es sabido, de hecho, que el Legislativo incurre en el vicio de inconstitucionalidad con frecuencia por no respetar algunos derechos individuales que, por otros motivos, por ejemplo, la falta de respeto en la repartición de las competencias. La Carta presenta algunas características que inciden en el modo en el cual viene y se ejerce la jurisdicción de constitucionalidad. Por las razones ya expuestas en relación con el problema de la legitimación del control judicial, se han introducido algunas "formas de flexibilización" que consienten dar a las legisladoras y los legisladores y no al Poder Judicial la última palabra.¹⁸ La primera y más relevante forma de flexibilización se encuentra en el modo mismo en el cual al inicio de la Carta se reconocen los derechos. Los derechos son reconocidos no de manera absoluta, sino «*set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*» (artículo 1o.).¹⁹

Es cierto que el que los derechos fundamentales puedan sufrir limitaciones no es una característica exclusiva canadiense. Así sucede en todos los ordenamientos, cuestión evidenciada de manera particular con motivo de la emergencia pandémica (Covid-19) con las restricciones impuestas a la libertad de circulación, de culto, al derecho a la educación, por citar algunos ejemplos. Lo que distingue a Canadá y a otros ordenamientos que han hecho decisiones similares, es el haber insertado

¹⁸ "Formas de flexibilización" análogas aparecen en otros ordenamientos, los cuales, como Canadá, han sentido la exigencia de establecer contrapesos al poder de las juezas y los jueces respecto del de los órganos de representación. Sobre este particular, véase Groppi, T., "La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata", en T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale del XXI secolo*, Boloña, il Mulino, 2020, pp. 261 y ss.

¹⁹ Al respecto, véase S. Rodríguez, "La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà. Una 'free and democratic society' in continua evoluzione", en Rolla, G. (coord.), *Lapporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 241 y ss.; Rolla, G., "I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada", en Rolla, G. (coord.), *Eguale, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milán, Giuffrè, 2006, pp. 1 y ss.; Rosa, F., *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto, Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, fasc. 2, pp. 633 y ss.

una cláusula general que habilita al legislador a comprimir los derechos, respetando al mismo tiempo la existencia de una sociedad libre y democrática, en vez de confinar tal posibilidad a las libertades individuales mediante la técnica de la reserva de ley.

Así, las legisladoras y los legisladores están habilitados en vía general para introducir limitaciones a los derechos fundamentales, mientras competirá a la judicatura establecer si tales límites son razonables respecto al parámetro de una sociedad libre y democrática. Ciertamente, esto no elimina el riesgo de un activismo judicial que ponga en conflicto a jueces y legisladores²⁰ pero, en un caso extremo, se encuentra prevista la posibilidad de que el Legislativo actúe en contra de la Carta de manera consciente por un periodo de tiempo limitado. Se trata de la así llamada "cláusula no obstante" (*notwithstanding clause, clause non-obstante*),²¹ fruto de un compromiso político que convenció a las provincias a apoyar la Carta.²²

²⁰ Se ha desarrollado un encendido debate en Canadá propiamente sobre el activismo judicial. En la doctrina, varios autores han criticado a la misma *Carta de los Derechos*, hasta llegar a poner en discusión la oportunidad de introducir un parámetro que dejaba a la judicatura una excesiva discrecionalidad en la definición de los contenidos del derecho en detrimento de las elecciones del Legislativo. Las posiciones más críticas se encuentran en: Petter, A., "The Politics of the Charter", en *Supreme Court Law Review*, 1986, pp. 473 y ss.; Morton, F.L. y Knopff, R., *Charter Politics*, Nelson, Scarborough, 1992; Mandel, M., *The Charter of Rights and Legalization of Politics*, Toronto, Thomson, 1994; Hutchinson, A., "The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts", en Dyzenhaus, D., *Recrafting the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 197 y ss.; Morton, F.L. y Knopff, R., *The Charter Revolution & The Court Party*, Broadview Press, Peterborough, 2000; Manfredi, C., *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, Oxford University Press, 2001. El debate entero se encuentra bien resumido en Roach, K., *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2016, 2a. ed. Véase también la bibliografía citada en la nota al pie número 46.

²¹ (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.*

(2) *An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.*

(3) *A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.*

(4) *Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).*

(5) *Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).*

²² El acuerdo se conoce como "acuerdo de la cocina" en tanto fue diseñado en los locales de la antigua cocina de un centro de congresos en Ottawa en el marco de las negociaciones informales

Con todo, esta cláusula es la *ultima ratio* y de hecho ha sido utilizada no más de una decena de veces desde 1982 hasta la fecha.²³

B. La Corte Suprema de Canadá

Podemos definir al sistema canadiense como un sistema de federalismo judicial, en el sentido de que la aplicación del derecho, tanto provincial como federal, recae en las provincias, mientras que al Estado resta sólo una jurisdicción especializada y de última instancia (Corte Federal, Corte de Apelación Federal, Corte Suprema, Tribunal Fiscal y Corte Marcial).

La Constitución reparte el Poder Judicial entre las provincias y el gobierno federal depositando en las primeras la competencia sobre la administración de la justicia en sus respectivos territorios, lo que comprende la creación, el mantenimiento y la organización de los tribunales, en materias civil y penal, además de la regulación del procedimiento civil. El gobierno federal cuenta, como ya habíamos dicho, con el poder otorgado por el artículo 101 de instituir estas cortes para la mejor organización de la justicia. De manera paralela al ámbito provincial, la competencia del poder federal se extiende al mantenimiento y a la organización de los tribunales federales. Los dos poderes se sobreponen respecto a la nominación de los jueces de las Cortes provinciales de grado superior, una tarea del gobierno federal.²⁴

entre el entonces Ministro de la Justicia Jean Chrétien, Roy Romanow y Roy McMurtry, entonces Procuradores Generales de Saskatchewan y Ontario, respectivamente.

²³ Si bien rara vez es puesta en práctica. La *notwithstanding clause* ha sido objeto de una cierta atención por parte de la doctrina, especialmente la extranjera. Nos limitamos a señalar algunas referencias generales: Benazzo, A., "Il federalismo canadese: notwithstanding clause e federalismo", en *Amministrare*, 2002, fasc. 1-2, pp. 2 y ss.; Gerbasi, G., "Problematiche costituzionali sulla clausola nonobstant di cui all'art. 33 della Canadian charter of rights and freedoms", en Amirante, C. y Gambino S. (coords.), *Il Canada un laboratorio costituzionale: federalismo, diritti, corti: seminario italo-canadese*, Padua, Cedam, 2000, pp. 241 y ss.; *Id.*, "La clausola nonobstant quale strumento per la tutela dei valori delle comunità provinciali", en Rolla, G. (coord.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada: tra universalità e diversità culturale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 135 y ss.; Radiciotti, M. R., "Protezione dei diritti fondamentali, judicial review e notwithstanding clause in Canada", en Rolla, G. (coord.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 195 y ss.

²⁴ Como hemos mencionado, la institución de las cortes provinciales superiores es competencia de las respectivas provincias. Por esta razón, la organización de este nivel judicial es variada. Algunas

En este panorama, la Corte Suprema actúa "de manera incidental" como jurisdicción de constitucionalidad, puesto que también desarrolla la tarea de garantizar la interpretación uniforme del derecho canadiense, en el sentido amplio de un *corpus* compuesto de derecho provincial y federal.

La Corte Suprema canadiense se instituyó en 1875 con una ley federal que materializaba el ya mencionado artículo 101 del Bnaa de 1867, que atribuye al Parlamento canadiense el poder de crear, mantener y organizar una corte general de apelación para Canadá.²⁵

El caso canadiense resulta interesante en este aspecto. Resalta por ejemplo que la institución de la Corte no se haya hecho de manera contextual al acto fundador de la Confederación y, sobre todo, que el poder atribuido al Parlamento por el artículo 101 se configurase más como una facultad que como una obligación. Más aún, el texto de la previsión contenida en el Bnaa de 1867 se presenta con un tenor muy afinado, por cuanto prevé esta facultad de intervenir en la organización del sistema judicial como una suerte de excepción (o inclusive, de revocación) respecto a la estructura general del sistema. «*The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from time to time provide ...*» y en la versión francesa «*Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute*

provincias tienen dos jurisdicciones superiores (Alberta, Columbia Británica, Terranova y Labrador, Isla del Príncipe Eduardo, Quebec, Saskatchewan), mientras que en otras se ha adoptado un sistema a tres cortes (Manitoba, Nuevo Brunswick, Nueva Escocia, Ontario). Por su parte, los tres territorios han adoptado el único tribunal de nivel superior que actúa también como casación.

Las denominaciones son diversas: Alberta, *Court of Appeal* y *Queen's Bench*; Columbia Británica, *Court of Appeal* y *Supreme Court*; Manitoba, *Court of Appeal*, *Queen's Bench Trial* y *Queen's Bench Family*; Nuevo Brunswick, *Court of Appeal*, *Queen's Bench Trial* y *Queen's Bench Family*; Terranova y Labrador, *Court of Appeal* y *Supreme Court*; Nueva Escocia, *Court of Appeal*, *Supreme Court* y *Family Division*; Ontario, *Court of Appeal*, *Superior Court of Justice* y *Family Court*; Isla del Príncipe Eduardo, *Court of Appeal* y *Supreme Court*; Quebec, *Cour d'Appel* y *Cour supérieure*; Saskatchewan, *Court of Appeal* y *Queen's Bench*; Territorios del Noroeste, *Supreme Court*; Nunavut, *Court of Justice*; y Yukón, *Supreme Court*.

También es variada la composición de las Cortes. Se va de los tres jueces del Yukón hasta los 369 distribuidos en las tres cortes en las que está estructurado el sistema de Ontario. Contando también la posición de los Tribunales federales, incluyendo a la Corte Suprema, al gobierno federal le corresponde la nómina de más de 1,200 jueces.

²⁵ *Vid. supra*, la nota 10.

disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter...». En fin, la base jurídica sobre la cual hasta el día de hoy la misma corte se sustenta es un acto de rango legislativo, y no constitucional, que a su vez se fundamenta, como hemos apenas escrito, sobre una base jurídica que *faculta*, pero que no *vincula* al Parlamento, es algo que podría inducir a decantarse por la inexistencia de una necesidad de contar con este órgano.²⁶

Las razones de esta peculiaridad se explican cuando se revisa la historia constitucional canadiense. La confederación nace de un acto del Parlamento británico y Canadá ha conservado un vínculo con el Reino Unido hasta 1982, año en el cual acaeció la llamada *patriation*, la repatriación de la Constitución con el traspaso del poder de revisión constitucional (*amending power*) del Parlamento de Westminster al de Canadá. En este mismo año se aprobó la *Carta Canadiense de los Derechos y de las Libertades*, consolidando así el *corpus* de los documentos que componen la Constitución canadiense al día de hoy. La *patriation* de la Constitución fue la última etapa de un proceso de "emancipación" de las instituciones canadienses de la madre patria, que ha comprendido también al ordenamiento judicial, que ha conservado el vínculo hasta 1949, cuando se suprimió la jurisdicción del Consejo Privado del Reino Unido (*Privy council*) como última instancia de apelación en materia civil.²⁷

En 1867 una jurisdicción de apelación no era necesaria, y de hecho no lo fue sino hasta la supresión completa de dicha instancia ante el citado *Privy council*. Desde esta perspectiva, los ocho años que fueron necesarios para instituir la Corte Suprema después de la aprobación del Bnaa no son un periodo de tiempo excesivo; por el contrario, a fin de cuentas, fue necesario relativamente poco para vencer las resistencias de quien percibía el riesgo de que una Corte federal de este tipo procediese

²⁶ Sobre este tema, véase Newman, W. J., "The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada", en *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, núm. 47, 2009.

²⁷ En materia penal la jurisdicción de apelación fue abolida desde 1933.

después a una interpretación del texto constitucional sumamente favorable a los poderes federales, en detrimento de los de las provincias. A decir verdad, el intento político que se reconoce en la institución de la Corte va más allá de la simple exigencia de realizar una mejor administración de las leyes de Canadá, como recita el artículo 101 ("*for the better administration of the laws of Canada*", "*pour la meilleure administration des lois du Canada*"). La Corte Suprema nace, de hecho, para garantizar una interpretación constitucional uniforme para todo el país, y es en este presupuesto que se sustancia la jurisdicción constitucional; cada actividad de naturaleza jurisdiccional está orientada a la solución de casos que requieren la interpretación directa y la aplicación de disposiciones constitucionales.

La noción recién invocada es una noción que excede al mero control judicial o de constitucionalidad, que representa sólo un aspecto, si bien el más relevante, de la justicia constitucional. Esto no obsta que en un sistema difuso como el canadiense el control de constitucionalidad de las leyes se encuentra encomendado a cada órgano jurisdiccional, y por tal motivo la Corte Suprema lo ha asumido de manera natural desde sus inicios. Obviamente, hasta la abolición del recurso de apelación al *Privy Council*, las decisiones con las que la Corte Suprema declaraba la ilegitimidad constitucional de una ley federal no eran definitivas, y podía suceder que fuesen revocadas en el juicio encabezado por los jueces de Londres, como en el célebre caso de *Edwards v. Canada*,²⁸ el precedente canadiense más ilustre en tema de igualdad.

²⁸ *Edwards v. Canada (Attorney General)* [1930] A.C. 124. Vale la pena mencionar un par de aspectos sobre el caso en el cual ahondan las raíces —metáfora muy apropiada— de la *Living Tree Doctrine*. El 19 de octubre de 1927, a petición de cinco mujeres, el Gobernador en consejo solicitó a la Corte Suprema de Canadá una *reference* en relación con el artículo 24 de la *British North America Act*, con el objetivo de aclarar si la categoría de "persona calificada" (*qualified person*) requerida para la admisión en el Senado pudiesen ser también de sexo femenino. El objeto del caso no era, obviamente, establecer si las mujeres son personas o no, sino que si pueden ser consideradas como "calificadas" para cubrir un cargo en el Senado. Para la Corte Suprema no lo eran, pero el *Judicial Committee of the Privy Council*, entonces instancia de apelación en última instancia para las decisiones de la Corte Suprema, no estuvo de acuerdo con la decisión. Para llegar a esta decisión Lord Sankey utilizó la metáfora del árbol, una aproximación del todo novedosa que permitía la interpretación evolutiva de la Constitución.

C. Las funciones de la Corte Suprema de Canadá

La Carta canadiense de los derechos y las libertades

Como hemos tenido ocasión de evidenciar, la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema canadiense no está circunscrita sólo a las leyes federales, sino que es general. Esto es, se extiende a las materias civil y penal para todos los casos que se originan de la legislación provincial y federal. En este particular, el modelo canadiense se separa del estadounidense, por cuanto la jurisdicción de la Corte Suprema está delimitada por el artículo III, sección 2, de la Constitución a casos y controversias bien definidas.²⁹ Así, mientras en los Estados Unidos la Corte Suprema y las Cortes federales están obligadas a aplicar el derecho estatal en los casos que sobrepasan al derecho constitucional o federal, según la doctrina *Erie*,³⁰ la Corte Suprema de Canadá decide sobre cada cuestión presentada aplicando el derecho provincial o federal, según sea el caso. Esto ha

Resulta significativo el siguiente pasaje:

[...] the British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada. Like all written constitutions it has been subject to development through usage and convention [...] Their Lordships», do not conceive it to be the duty of this Board —it is certainly not their desire— to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation so that the Dominion to a great extent, but within certain fixed limits, may be mistress in her own house, as the provinces to a great extent, but within certain fixed limits, are mistresses in theirs.

Las cinco mujeres, conocidas como *The Famous Five* eran Emily Murphy (primera jueza del Imperio Británico); Irene Marryat Parlby (líder de las agricultoras y primera mujer que asumió el cargo de Ministra en Alberta); Nellie Mooney McClung (sufragista y miembro del Poder Legislativo de Alberta); Louise Crummy McKinney (primera mujer en ser electa en una asamblea legislativa en todo el Imperio Británico) y Henrietta Muir Edwards (abogada defensora de las trabajadoras y cofundadora de la *Victorian Order of Nurses*).

John Sankey, primer Vizconde de Sankey (26 de octubre de 1866 — 6 de febrero de 1948) asumió el cargo de Lord Justice of Appeal en 1928 y se distinguió por algunos juicios que, como *Edwards v. Canada (Attorney General)*, alcanzaron gran fama. Después fungió también como *Lord Chancellor*.

²⁹ Tan bien definidas están que la argumentación con la cual en *Marbury v. Madison* el juez Marshall refuta la constitucionalidad del *Judiciary Act* se apoya propiamente sobre su taxatividad (véase la nota al pie número 12). En otras palabras, el control judicial estadounidense nace de la interpretación de la disposición constitucional que delimita el Poder Judicial federal, atribuyéndole una jurisdicción especializada, no general.

³⁰ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

permitido a la Corte canadiense para asumir un papel similar al de una Casación en el sistema de *civil law*, lo que garantiza una uniformidad en la interpretación del derecho provincial aun cuando éste sea el fruto, como es obvio, de decisiones legislativas distintas y diversas en las diferentes provincias.³¹

Como es evidente, en los sistemas de matriz anglosajona el recurso de apelación constituye un evento de por sí excepcional y no, como en los países del *civil law*, la prosecución natural del juicio en un grado ulterior y definitivo. Por tal razón la apelación se desarrolla con autorización, lo que se conoce como "autorización para recurrir" (*leave to appeal*), que puede ser de derecho o concedido. Esto sucede también para el recurso de apelación ante la Corte Suprema canadiense, de acuerdo con un sistema definido en la *Supreme Court Act*. La apelación en materia penal puede ser de derecho por cuestiones jurídicas (*question of law, question de droit*) sobre las que exista una opinión disidente (*dissenting opinion*) en el juicio de la Corte de Apelación de proveniencia,³² pero la misma Corte Suprema puede conceder la autorización, o *leave*, para cada cuestión jurídica que considere importante (artículo 40 de la *Supreme Court Act*). En materia civil no existe una "autorización" de derecho. Ésta puede ser concedida ya sea por la misma Corte Suprema que por las Cortes provinciales superiores (artículo 37 de la *Supreme Court Act*) o de la Corte Federal de Apelación (artículo 37.1 de la *Supreme Court Act*). La posibilidad de que el *leave* sea concedido de una corte que no sea la Corte Suprema representa una anomalía misma respecto de la *ratio* misma de la institución, que debería consentir al órgano apelado de filtrar los casos que llegan a su propio foro. Por tal razón, esta forma de recurso no es muy utilizada en Canadá, y los tribunales que tienen posibilidad de otorgar una autorización de apelación han dado prueba de una cierta autocontención (*self restraint*). Mucho más común es el empleo de las vías que

³¹ Como afirma Hogg, no sin cierto provincialismo, [...] *the rule of uniformity makes Canada's laws much less complicated than those of the United States, and it allows the highest court (with presumably the best judges) to apply its talents to the development of all Canada's laws, both provincial and federal.*

³² Artículos 691, 692 y 693 del *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46).

dejan a la Corte Suprema la decisión, en la más amplia discrecionalidad, de autorizar o no la apelación.³³ En ambas sedes, civil y penal, existe también un recurso directo, que de todas maneras necesita la autorización de la Corte, sobre casos provenientes de los Tribunales provinciales cuyos jueces hayan sido nominados en el ámbito federal, o de las Cortes federales cuyos casos sean apelables ante la Corte Federal de Apelación, o todavía ante los más altos tribunales provinciales (artículo 38 de la *Supreme Court Act*).

II. La *reference jurisdiction*

El artículo 53 de la *Supreme Court Act* atribuye a la persona Gobernador en Consejo (*Governor in Council*) la posibilidad de someter a la Corte Suprema cuestiones de derecho o de hecho en mérito a la interpretación de los textos constitucionales (inciso a) y a la legitimidad constitucional de leyes provinciales y federales (inciso b), sobre la jurisdicción de apelación en materia de educación (inciso c),³⁴ o todavía sobre los poderes de las legisladoras y los legisladores provinciales o federales (inciso d). Pero la figura de *Governor in Council* puede utilizar esta posibilidad también para cualquier otra cuestión que considere importante (artículo 53, inciso 2, número 2, de la *Supreme Court Act*).³⁵

En el acudir a la Corte, el o la *Governor in Council* (en los hechos, el titular del Ejecutivo) no presenta un verdadero recurso, sino que más bien requiere una opinión técnica-jurídica sobre cuestiones que requieren la interpretación de normas constitucionales. A estas solicitudes la Corte responde con opiniones (*reference, avis*) certificados y motivados que

³³ Discrecionalidad reivindicada por la misma Corte Suprema en *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597.

³⁴ La competencia de apelación en materia de enseñanza, atribuida al Gobernador en consejo desde el BNA de 1867 en su artículo 93, se explica con la exigencia de garantizar la imparcialidad en el juicio en una materia que se volvió espinosa por la presencia de diferencias lingüísticas y religiosas. Cfr. Hogg, P. W., *Constitutional Law of Canada, op. cit.*, cap. 8, pp. 8-11.

³⁵ La función consultiva de las cortes es una característica común a varios ordenamientos de matriz anglosajona. Para un análisis comparativo remitimos al escrito exhaustivo de Maurilio Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, Boloña, Clueb, 2010.

desde el punto de vista formal no son vinculantes, dirigidos a quien los solicitó y, si lo considera necesario y oportuno, a las provincias y a otros sujetos interesados.

La no vinculatoriedad de las opiniones emitidas por la Corte Suprema sobre la base de la competencia que le fue atribuida por el artículo 53 de la *Supreme Court Act* sólo es formal y, de hecho, no disminuye su importancia. No se puede no reconocer en esta tarea una forma genuina de jurisdicción constitucional en el sentido lato de actividad de interpretación de disposiciones constitucionales. El objeto de las cuestiones sometidas a la Corte versa exclusivamente a las dudas relativas a la interpretación de normas constitucionales. No es casualidad que la *reference jurisdiction* ha sido utilizada para cuestiones de relevancia constitucional indiscutible, como la duda sobre la posibilidad de que una provincia pudiese separarse de la Confederación en el respeto del procedimiento previsto por la Constitución,³⁶ o la modalidad de regulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo,³⁷ o también, los derechos lingüísticos y las obligaciones del Poder Legislativo en esta materia.³⁸

El que se trata de jurisdicción constitucional a todos los efectos emerge también, y quizás sobre todo, de los efectos que las opiniones de la Corte Suprema pueden producir. Las *reference* proporcionan soluciones previas a posibles vicios de constitucionalidad en los que el Legislativo podría incurrir, orientando de esta manera la preparación de documentos normativos importantes. Más aún, la Corte puede también anticipar un juicio de constitucionalidad, en el sentido propio del término, con efectos en el futuro, como en el caso *Re Manitoba Language Rights*, opinión en que la Corte se ha decantado por la inconstitucionalidad de todo el *corpus* normativo de la provincia de Manitoba porque no había sido redactado en las dos versiones lingüísticas (inglés y francés), de conformidad

³⁶ *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217

³⁷ *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79

³⁸ *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721

con lo requerido por la *Constitution Act* y la *Manitoba Act*. En esta opinión la Corte ha usado por primera vez la técnica de las "decisiones diferidas" (*delayed decisions*), de las que escribiremos más adelante,³⁹ dificultando incluso la clasificación de la decisión en la categoría de la no vinculatoriedad. En ausencia de una intervención correctiva del Legislativo, de hecho, el efecto anulatorio se habría producido aún sin una confirmación mediante una sentencia formal.⁴⁰

Otra prueba del carácter eminentemente jurisdiccional de la función está también en el hecho de que la Corte ejercita un filtro sobre las cuestiones presentadas y se rehúsa a responder aquéllas que no están aún "maduras",⁴¹ de naturaleza política o privas de relevancia jurídica,⁴² aquéllas meramente hipotéticas o académicas,⁴³ e inclusive las de carácter discutible.⁴⁴

III. El control judicial (*judicial review*)

Hemos precisado en los párrafos precedentes que el control judicial no es una función exclusiva de la Corte Suprema canadiense, sino que está

³⁹ Párr. 4.2.

⁴⁰ *Vid. Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721:

The Acts of the Legislature that were not enacted, printed and published in English and French have no legal force and effect because they are invalid, but, for the reasons given by the Court, the current Acts of the Legislature will be deemed to have temporary force and effect for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

⁴¹ *Vid. Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, párr. 25:

In the context of a reference, the Court, rather than acting in its traditional adjudicative function, is acting in an advisory capacity. The very fact that the Court may be asked hypothetical questions in a reference, such as the constitutionality of proposed legislation, engages the Court in an exercise it would never entertain in the context of litigation. No matter how closely the procedure on a reference may mirror the litigation process, a reference does not engage the Court in a disposition of rights. For the same reason, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

⁴² *Vid. Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525:

In considering its appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch.

⁴³ "Where this Court is faced with a hypothetical question which cannot be answered with any assurance of correctness, the appropriate course of action is for us to decline to answer the question". *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445.

⁴⁴ "[...] this Court retains its discretion to entertain or not to entertain an appeal as of right where the issue has become moot [...]". *Re: Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793.

revestido de una importancia crucial para la fuerza del precedente, que obviamente es una máxima en sentido vertical.⁴⁵ A esto debe agregarse que la corte ha sabido reforzar su propio papel dosificando un cierto activismo en el tema de los derechos con un uso "sapiente"⁴⁶ de la diferencia en el trato con el legislador, como se entrevé del empleo de técnicas decisorias como el aplazamiento (*diferimiento*) de los efectos de las declaratorias de inconstitucionalidad (párr. 4.2) o el uso de fórmulas generales, más que de específicas (*specific injunction*, párr. 5.3).

⁴⁵ Sobre el control judicial canadiense, véanse: Casonato, C., "Judges and rights: activism, restraints and legitimacy", en Casonato, C. (coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Alcione, 2004, pp. 27 y ss.; Flemming, R.B., *Tournament of Appeals: Granting Judicial Review in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2004.; Groppi, T., "La Corte suprema del Canada come 'giudice dei diritti'", en Rolla, G., (coord.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada: tra universalità e diversità culturale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 63 y ss.; Groppi, T. y Luatti, L., "La Corte Suprema del Canada, 'custode della Costituzione': alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura del controllo di costituzionalità", en *Politica del diritto*, 1997, fasc. 2, pp. 215 y ss.; Passaglia, P., *Giustizia costituzionale in Canada*, en Luther, J., Romboli, R. y Tarchi, R. (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale, Tomo I, USA, Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia*, Turin, Giappichelli, 2000, pp. 85 y ss.; Campanelli, G., "Il federalismo canadese. La giustizia costituzionale e i suoi rapporti con il federalismo", en *Amministrare*, 2002, fasc. 1-2, pp. 143 y ss.; Rolla, G., "La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese", en *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milán, 1998, II, pp. 1275 y ss.; Smith, J., "The Origins of Judicial Review in Canada", en *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 1983, vol. 16, núm. 1, pp. 115 y ss.

⁴⁶ Las comillas respecto del término sapiente no representan una crítica al comportamiento de la Corte. No se desea insinuar que la acción de la Corte no lo haya sido; por el contrario, se desea evidenciar el hecho de que el resultado no siempre ha sido el esperado. Desde la ampliación del parámetro constitucional con la introducción de la *Carta de los Derechos*, la Corte se ha encontrado en el centro de un debate, muchas veces encendido, sobre el papel que desempeña en la interpretación y, por lo mismo, en la materialización del derecho constitucional. Basta mirar los textos sobre la Corte Suprema escritos después de 1982 para darse cuenta de que prevalecen los que dejan entrever una cierta aproximación crítica ya desde el título. Los más neutros: Brossard, J. L., *La cour suprême et la constitution*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1983; Russell, P. H., *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987; Snell, J. G. y Vaughan, F. *The Supreme Court of Canada: History of the Institution*, Toronto, University of Toronto Press, 1985. Y los menos neutros: Bernier, I. y Lajoie, A., *The Supreme Court of Canada as an instrument of Political Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1986; Bushnell, I., *The Captive Court. A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1992; Songer, D. R. *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, University of Toronto Press, 2011; Carson, B., *The Supreme Court of Canada in the Political Process*, Ottawa, Library of Parliament, 1982; Macfarlane, E., *Governing from the Bench: The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*, Vancouver, UBC Press, 2013; Martin, R., *The Most Dangerous Branch: How the Supreme Court of Canada Has Undermined Our Law and Our Democracy*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003; McCormick, P., *Supreme at Last. The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000; Monahan, P., *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism, and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987; Verrelli, N. (coord.), *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2013.

D. Tipología y efectos de las decisiones de la Corte Suprema

Como hemos visto, en el sistema judicial canadiense recae en línea general a las provincias el poder de aplicar tanto el derecho provincial como el federal, por lo que la Corte Suprema desempeña un papel de jurisdicción de última instancia y de uniformadora del entero *corpus* jurídico canadiense (función nomofiláctica).⁴⁷ A la luz de este panorama, si ya es difícil hablar de eficacia *erga omnes* en un sistema de matriz anglosajona, es también cierto que por las características antes mencionadas, y en la aplicación de la regla del presidente vinculante, las decisiones de la Corte Suprema que declara la inconstitucionalidad de un acto asumen efectos vinculantes no sólo respecto de las partes de las que proviene el recurso, sino para todas las jurisdicciones inferiores. Este principio implica que los presidentes de la Corte Suprema deben ser seguidos, en cualquier caso, aun siendo criticables,⁴⁸ pero que solo compete a la Suprema Corte, en cuanto jurisdicción de última instancia, el poder de revertir los propios precedentes.

En los sistemas de *common law*, que pueden encuadrarse dentro del modelo de control difuso de la constitucionalidad, la jurisdicción constitucional no puede tener las mismas características de la jurisdicción ordinaria, la cual tiene por su misma naturaleza eficacia retroactiva. Las juezas y los jueces se distinguen del Legislativo, en los hechos, porque deciden sobre casos concretos, acaecidos en el pasado. Por este motivo las decisiones judiciales son necesariamente retroactivas. En contraste, quienes legislan crean reglas generales y abstractas, que no pueden aplicarse a casos que sucedieron antes de que la misma regla fuese creada. En los sistemas de *common law*, entonces, las decisiones que declaran la

⁴⁷ Del gr. νόμος *nómos* 'ley' y φύλαξις *phylaxis* 'vigilancia'; cfr. νομοφύλαξ *nomophylax* 'guardián de las leyes' o νομοφυλακία *nomophylaktia* 'nomofilaxis'. Literalmente, protección de la norma jurídica. Se refiere a la tarea de "garantizar la exacta observancia y la interpretación uniforme de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional", que casi siempre recae en las Cortes de Casación.

⁴⁸ *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43.

inconstitucionalidad de un acto legislativo son por su misma naturaleza retroactivas. No faltan las excepciones, ya que es frecuente que no todos los efectos de una ley declarada inválida pueden ser cancelados, o puede no ser "oportuno" que lo sean. Por este motivo, la Corte Suprema ha afinado la técnica de la modulación de los efectos de las sentencias en el tiempo, como en la decisión prospectiva (*prospective ruling*)⁴⁹ o en las declaraciones diferidas de invalidez (*delayed declarations of invalidity*).

Las razones de este estilo decisional deben rastrearse en las dinámicas institucionales que comprometen tanto a jueces como legisladores y que los colocan potencialmente en conflicto. Así, demorar el efecto de una declaratoria de inconstitucionalidad sirve para dar al Legislativo la posibilidad de intervenir y corregir el vicio sin que exista necesariamente una solución imperativa de la Corte. Esta misma razón se encuentra detrás de las decisiones con contenidos intencionadamente muy generales (*general declaration of invalidity*), que dejan a quienes legislan un amplio margen de maniobra respecto de las soluciones que se adoptarán. Es útil analizar en lo específico las dos categorías de decisiones apenas mencionadas.

I. El test de racionalidad de las limitaciones impuestas a los derechos

Como ya hemos tenido ocasión de evidenciar, la fórmula utilizada en la *Carta* canadiense para reconocer los derechos y las libertades fundamentales admite expresamente que puedan ser limitados por el Poder Legislativo, siempre y cuando los límites impuestos puedan ser justificados en el interior de una sociedad libre y democrática. La *Carta de los Derechos* pone entonces un parámetro para el Legislativo, y resta a los

⁴⁹ *Cfr. Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 S.C.R. 429, 2007 SCC 10:

When the Court is declaring the law as it has existed, then the Blackstonian approach is appropriate and retroactive relief should be granted. On the other hand, when a court is developing new law within the broad confines of the Constitution, it may be appropriate to limit the retroactive effect of its judgment.

jueces, y en particular a la Corte Suprema, verificar que la normativa que eventualmente limita algunos derechos respete el parámetro. Contrariamente a la intención original, la formulación del artículo 1o. pone a la judicatura en una posición de conflicto potencial con el Legislador. En los hechos, el parámetro resulta muy vago. De *facto*, es muy cómodo reconocer una sociedad como libre y democrática, pero no lo es el definir las fronteras concretas. Por ejemplo, ¿es libre y democrática una sociedad que requiere la posesión de la ciudadanía para poder ejercitar la profesión de abogado, aun cuando se cuenten con todos los requisitos profesionales necesarios?⁵⁰

Problemas aparte, el control de constitucionalidad ejercido sobre la base del parámetro indicado debe necesariamente ejercitarse en dos fases. Si de hecho el Poder Legislativo puede limitar los derechos sancionados por la Carta manteniendo el núcleo mínimo requerido de una sociedad libre y democrática, a la Corte restará *in primis* verificar si efectivamente existió una restricción de los derechos, y sólo de manera secundaria si tal restricción está justificada y si se respeta el parámetro definido en el artículo 1o. La Corte Suprema ha desarrollado por este motivo un test específico en dos fases, denominado *Oakes test*.⁵¹ La primera fase es que el Legislativo que defiende la medida que restringe un derecho debe demostrar que ésta persigue un objetivo de importancia tal de justificar la violación. En un segundo momento el Legislativo debe demostrar también la proporcionalidad del medio empleado respecto del objetivo a alcanzar. Esto significa: a) que debe existir un nexo racional entre medio y objetivo; b) el límite impuesto al derecho debe ser mínimo;⁵² y c) que debe existir un equilibrio entre los efectos de la medida en revisión y el objetivo previsto.

⁵⁰ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. Para mencionar uno de los tantos ejemplos que se pueden citar.

⁵¹ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

⁵² "[...] le moyen choisi doit être de nature à porter 'le moins possible' atteinte au droit ou à la liberté en question [...]" "[...] should impair 'as little as possible' the right or freedom in question [...]", *R. v. Oakes*, cit.

II. La declaración deferida de invalidez (*delayed declaration of invalidity*)

Las sentencias de efecto deferido son bastante comunes en el ordenamiento canadiense y su empleo puede datarse de los años 80 del siglo pasado. El primer caso es el de la célebre decisión (*reference*) sobre los derechos lingüísticos en la provincia de Manitoba.⁵³ En esa ocasión, la Corte Suprema determinó que todos los actos legislativos de la provincia que no fueron publicados en las dos lenguas (inglés y francés) —en sustancia la entera producción normativa— eran ilegítimos en cuanto contrarios al *Constitution Act* de 1867 (artículo 133) y al *Manitoba Act* de 1870, los cuales imponían la elaboración de las dos versiones de cada documento.

En el caso citado, la intervención de la Corte se realizó bajo la forma de la *reference*, y no de una sentencia. No se trataba de una decisión vinculante sino de una opinión, emitida a solicitud del Gobernador general en los términos del artículo 53 del *Supreme Court Act*. Aun así parecía evidente que al determinar la inconstitucionalidad con una opinión se habría abierto el camino para sucesivas declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por sentencia. Por este motivo, la Corte se apresuró a precisar que:

Nor will the constitutional guarantee of rule of law tolerate the Province of Manitoba being without a valid and effectual legal system for the present and future. Thus, it will be necessary to deem temporarily valid and effective the unilingual Acts of the Legislature of Manitoba which would be currently in force, were it not for their constitutional defect, for the period of time during which it would be impossible for the Manitoba Legislature to fulfil its constitutional duty. Since this temporary validation will include the legislation under which the Manitoba Legislature is presently constituted, it will be legally able to re-enact, print and publish its laws in conformity with the dictates of the Constitution once they have been translated.

⁵³ *Reference Re: Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721.

De hecho, la inconstitucionalidad se pronunció con la misma *reference*, volviendo superfluos eventuales pronunciamientos de confirmación en el futuro.

La Corte, entonces, ha reconocido el riesgo de que se crearan lagunas en el ordenamiento de Manitoba y, por tanto, ha utilizado la técnica del aplazamiento para brindar a quienes legislan el tiempo de intervenir mediante la aprobación de la versión francesa de todos los textos normativos que no la tenían,⁵⁴ sancionar la validez temporánea de la legislación ya en vigor, pero que sólo tenía una versión en inglés y establece la obligatoriedad de que cada nuevo documento adoptado lo fuese en las dos lenguas.

La *reference* sobre los derechos lingüísticos en la provincia de Manitoba es conocida por ser una de las decisiones donde queda en evidencia un cierto activismo de la Corte Suprema canadiense.⁵⁵ Con ella, de hecho, se declara *potencialmente* inconstitucional un ordenamiento jurídico provincial por completo. La decisión de la Corte de modular los efectos estuvo dictada por la necesidad, más que por la deferencia hacia el Legislativo. En otros casos, el diferimiento de los efectos se explica con la voluntad de la Corte de mitigar el conflicto con el Poder Legislativo, como en *M. v. H.*, en la cual la Corte se vio obligada a decidir respecto de un caso de discriminación por sexo.⁵⁶

M. v. H. abordaba el caso de una potencial discriminación generada por la *Family Law Act* de Ontario, cuyo artículo 29 definía al conviviente (*spouse*) como la persona casada así como «*either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited [...] continuously for a*

⁵⁴ El término no había sido previsto de manera inicial en la misma decisión *Reference Re: Manitoba Language Rights*. La Corte, de hecho, ha dejado en suspenso la determinación, remitiéndola al momento en el cual el Procurador General de Canadá, o el de Manitoba, hubieran ordenado al Legislativo de proveer en el sentido indicado por la *reference*. En virtud del alud de trabajo, la Corte ha concedido con posterioridad, en 1992, una extensión del término fijado originalmente.

⁵⁵ Roach, K., *The Supreme Court on Trial*, *op. cit.*

⁵⁶ *M. v. H.* [1999] 2 SCR 3.

period of not less than three years». El problema residía en el hecho de que, con base en esta definición, una persona conviviente en una pareja homosexual no habría tenido derecho alguno a los alimentos en caso de separación. Al declarar inconstitucional este artículo, las juezas y los jueces de la Corte Suprema han decidido suspender el efecto de la sentencia por un periodo de seis meses, con el objetivo de brindar tiempo a los poderes legislativos provinciales y federales para adecuar toda la legislación potencialmente inconstitucional. En realidad, la situación en el caso *M. v. H.* es más compleja de lo que parece. En la decisión, de hecho, los juzgadores se demoran mucho en el justificar una decisión activista, al especificar que en el tema de los derechos no hay espacio para la deferencia.⁵⁷ Pero ésta transpira de la decisión misma de dar tiempo a los poderes legislativos de intervenir con las medidas correctivas que considerasen apropiadas, puesto que las soluciones propuestas en este orden de gobierno habrían podido ser de naturaleza diversa, como lo fue en la práctica.⁵⁸

III. La declaración general de invalidez (*general declaración of invalidity*)

La tipología de las decisiones en que la Corte declara la invalidez de una norma con una formulación general (*general declaración of invalidity*) se contraponen a aquéllas en las cuales para obtener el mismo resultado utiliza formulaciones más específicas y encaminadas (*specific injunction*). Estas últimas son más comunes en un sistema que prevé el control difuso de la constitucionalidad. Esta modalidad, de hecho, es de tipo concreto,

⁵⁷ *M. v. H.* [1999] 2 SCR 3, 78:

As a general matter, the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make. The simple or general claim that the infringement of a right is justified under s. 1 is not such a decision. As Cory J. stated in *Vriend*, supra, at para. 54: "The notion of judicial deference to legislative choices should not [...] be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from Charter scrutiny".

⁵⁸ Soluciones muy variadas, de todas maneras, y no siempre en línea con los dictados de la decisión de la Corte. Véase a propósito, Roach, K., *The Supreme Court on Trial*, op. cit. y Murphy, J., "Dialogic Responses to *M. v. H.*, From Compliance to Defiance", op. cit.

nace de un caso específico y tiene como objetivo la solución de este caso particular. La eficacia de una declaratoria de inconstitucionalidad en el modelo difuso es principalmente *inter-partes*, y si asume un alcance más general es solo como consecuencia de la vinculatoriedad del precedente. Sin embargo, cuando un caso recorre todos los grados de juicio y llega hasta la Corte Suprema, el interés en su solución tiene una importancia que la mayor parte de las veces trasciende al caso mismo, ya sea por el objeto abordado, en virtud de que el tema recurrente es la presunta lesión de un derecho fundamental (con mucha frecuencia, la igualdad), sea por el hecho de que en un sentido vertical la fuerza del precedente emitido por la jurisdicción de última instancia constituye una máxima para cualquier otro órgano del sistema de impartición de justicia. Pero existe un motivo ulterior que empuja a la Corte Suprema canadiense a hacer uso del estilo decisivo de las declaraciones generales (*general declaration*), y es precisamente el mismo que la ha llevado a servirse de las sentencias a efecto diferido: la necesidad de evitar una excesiva conflictividad con el legislador.

El primer ejemplo de *general declaration* rastreado en la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense data de 1990. Se trata de la sentencia *Mahe v. Alberta*,⁵⁹ en la cual se puede leer el siguiente pasaje en la parte dedicada a las reparaciones (*remedies*):

*As the Attorney General for Ontario submits, the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right.*⁶⁰

Los juzgadores de Ottawa utilizaron expresamente la figura mitológica de Procusto en la versión francesa⁶¹ para estigmatizar la actitud de los

⁵⁹ *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

⁶⁰ *Mahe v. Alberta*, cit.

⁶¹ "Normes qui seraient aux mieux dignes de Procuste", en el original.

jueces de querer entrometerse en la esfera de las decisiones reservadas a las legisladoras y los legisladores.

Los ejemplos existentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema son múltiples.⁶² En *Eldridge v. B.C.*,⁶³ por ejemplo, la Corte afirma que se lesiona el principio de igualdad al negar a una persona sorda un intérprete de la lengua de señas cuando esto resulte necesario para la prestación de servicios médicos. El tenor es el mismo que en la *general declaration* porque la Corte habría podido emitir una *specific injunction* al gobierno de la Columbia Británica para obligarlo a actuar de una manera determinada con el objetivo de garantizar el servicio negado. En sustancia, las juezas y los jueces establecieron el principio y dejaron al legislador la decisión de cómo concretizarlo.

Podría parecer una cuestión de escasa relevancia. En el fondo, se podría objetar, es muy frecuente que las declaratorias de inconstitucionalidad tengan alcance general. Una sentencia con una disposición análoga al de *Eldridge v. B.C.*, sería normal —es más, lo es— para la Corte Constitucional italiana, para el Tribunal Constitucional español o para el Consejo Constitucional francés, pero el modelo canadiense es diverso. En contraposición a cuanto se ha escrito hasta este punto, en un sistema que adopta el control de constitucionalidad difuso y concreto es muy normal que en las decisiones en las que viene sancionada (también)⁶⁴ la inconstitucionalidad de un acto, el juez disponga una así llamada *specific*

⁶² Para citar sólo algunos: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46. Algunas veces la Corte utiliza la técnica del diferimiento de los efectos en conjunción con la de la *general declaration*.

⁶³ *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

⁶⁴ No se debe olvidar que en el modelo difuso el juez o la jueza que detecta la inconstitucionalidad de un documento normativo está obligado a desaplicarlo en el caso concreto en el que está decidiendo. Por esta razón, la sentencia en la cual está contenida una declaración de inconstitucionalidad se encuentra dirigida principalmente a resolver el caso. Que para hacerlo sea necesario también detectar un vicio de inconstitucionalidad es en cualquier caso, secundario, si se puede decir así.

injunction dirigida al órgano o al ente culpable de la omisión o del comportamiento que determina el vicio. En particular, son dos los caracteres de la difusión y de la concretización que encauzan en esta dirección.

Por tales razones, es normal que, si el gobierno de una provincia canadiense ha sido declarado culpable de discriminación, se vea llamado por un juez, y en particular por la Corte Suprema, con un mandato para proceder en el sentido de resolver la violación que se ha creado. No obstante esto, las *general declaration* en el caso canadiense muestran que el modelo difuso y el control abstracto de la constitucionalidad pueden no desencadenar necesariamente en declaraciones de inconstitucionalidad que contengan mandatos judiciales específicos y puntuales. El origen de la decisión (caso concreto) y la eficacia de la sentencia final pueden ser inconexas. Así, si es verdad que es un control abstracto no puede más que ejercitarse a través de una decisión formulada en términos generales y con validez *erga omnes*, no es cierto que un control concreto no pueda conducir a un resultado análogo. Aquí se reconoce una convergencia entre los dos modelos más conocidos de justicia constitucional: el modelo difuso y el concentrado.

E. Bibliografía

- Bateup, C. "The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue", en *Brooklyn Law Review*, núm. 71, 3, 2006, pp. 1109 y ss.
- Benazzo, A., "Il federalismo canadese: notwithstanding clause e federalismo", en *Amministrare*, 2002, fasc. 1-2, pp. 2 y ss.
- Bernier, I. y Lajoie, A., *The Supreme Court of Canada as an instrument of Political Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1986.
- Bickel, A., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, Yale University Press, 1986.

Brossard, J. L., *La cour suprême et la constitution*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1983.

Bushnell, I., *The Captive Court. A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1992.

Cameron, J., "Dialogue and Hierarchy en Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills", en *Alberta Law Review*, vol. 38, núm. 4, 2001, pp. 1051 y ss.

Campanelli, G., "Il federalismo canadese. La giustizia costituzionale e i suoi rapporti con il federalismo", en *Amministrare*, 2002, fasc. 1-2, pp. 143 y ss.

Carson, B., *The Supreme Court of Canada in the Political Process*, Ottawa, Library of Parliament, 1982.

Casonato, C., "Judges and rights: activism, restraints and legitimacy", en Casonato, C. (coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Alcione, 2004, pp. 27 y ss.

Ceccherini, E., *Due contributi allo studio dell'ordinamento costituzionale canadese*, Siena, 1998.

_____, "La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento di diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali", en Rolla, G. (coord.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada: tra universalità e diversità culturale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 41 y ss.

_____, "Il processo di adozione della Carta dei diritti e delle libertà: un processo costituente a tappe", en Rolla, G. (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 3 y ss.

Ferrari, F., *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, Milán, Franco Angeli, 2019.

Flemming, R.B., *Tournament of Appeals: Granting Judicial Review in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2004.

Friedman, Barry, "Dialogue and Judicial Review", en *Michigan Law Review*, núm. 91, núm. 4, 1993, pp. 577 y ss.

_____, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy", en *New York University Law Review*, núm. 73, 1998, pp. 333 y ss.

_____, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part IV: Law's Politics", en *University of Pennsylvania Law Review*", núm. 148, 2000, pp. 971 y ss.

_____, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of Lochner", en *New York University Law Review*, núm. 76, 2001, pp. 1383 y ss.

_____, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court", en *Georgetown Law Journal*, núm. 91, 2002, pp. 1 y ss.

_____, "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part V", en *Yale Law Journal*, núm. 112, 2002, pp.153 y ss.

Gaudreault Desbiens, J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada. Essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007.

Gerbasi, G., "La clausola nonostante quale strumento per la tutela dei valori delle comunità provinciali", en Rolla, G. (coord.) *Lo sviluppo*

dei diritti fondamentali in Canada: tra universalità e diversità culturale, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 135 y ss.

_____, "Problematiche costituzionali sulla clausola non-obstant di cui all'art. 33 della Canadian charter of rights and freedoms", en Amirante, C. y Gambino S. (coords.), *Il Canada un laboratorio costituzionale: federalismo, diritti, corti: seminario italo-canadese*, Padua, Cedam, 2000, pp. 241 y ss.

Gerotto, S., Mahon, P. y Sánchez, R., *Il sistema costituzionale svizzero*, Padova, Cedam, 2020, (de próxima publicación en español bajo el sello editorial Astrea).

Gobbo, M. (coord.), *Costituzioni federali anglosassoni*, Turín, Giappichelli, 1994.

_____, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, Boloña, Clueb, 2010.

Groppi, T., "La Corte suprema del Canada come 'giudice dei diritti'", en Rolla, G., (coord.) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada: tra universalità e diversità culturale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 63 y ss.

_____, *Canada*, Boloña, Il Mulino, 2006.

_____, *Menopoggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Boloña, Il Mulino, 2020.

_____, y Luatti, L., "La Corte Suprema del Canada, 'custode della Costituzione': alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura del controllo di costituzionalità", en *Politica del diritto*, 1997, fasc. 2, pp. 215 y ss.

Haigh, R. y Sobkin, M., *Does the Observer have an Effect? An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts*, en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 67 ss.

Hogg, P. W., *Discovering Dialogue*, en *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 3 ss.

_____, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2007.

_____ y Bushell, A. A., *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing after All)*, en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 35, 1997, pp. 75 ss.

_____, Thornton, A. A., Wright, W. K. *Charter Dialogue Revisited - Or Much Ado About Methaphors*, en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 1 ss.

Hutchinson, A., "The Rule of Law Revisited: Democracy and Courts", en Dyzenhaus, D., *Recrafting the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 197 y ss.

Kelsen, H., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981; versión en español *Escritos de justicia constitucional*, Tecnos, 2021; tr. de Juan Luis Requejo.

Leclair, J., "Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien", en *Canadian Bar Review/La revue du Barreau canadien*, número especial, 2003, pp. 377 y ss.

Macfarlane, E., *Governing from the Bench: The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*, Vancouver, UBC Press, 2013.

Mandel, M., *The Charter of Rights and Legalization of Politics*, Toronto, Thomson, 1994.

Manfredi, C. P., *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, Oxford University Press, 2001.

_____, "The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003", en *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 105 y ss.

_____, "The Day Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada*", en *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 105 y ss.

Martin, R., *The Most Dangerous Branch: How the Supreme Court of Canada Has Undermined Our Law and Our Democracy*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003.

Mathen, C., "Constitutional Dialogue in Canada and the United States", en *National Journal of Constitutional Law-Revue nationale de droit constitutionnel*, núm. 14, 2002-2003, pp. 403 y ss.

McCormick, P., *Supreme at Last. The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000.

Monahan, P., *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism, and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987.

Morton, F.L. y Knopff, R., *Charter Politics*, Nelson, Scarborough, 1992.

_____, *The Charter Revolution & The Court Party*, Broadview Press, Peterborough, 2000.

Murphy, J., "Dialogic Responses to *M. v. H.*, From Compliance to Defiance", en *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 59, núm. 2, 2001, pp. 299 y ss.

Newman, W. J., "The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada", en *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, núm. 47, 2009.

- Passaglia, P., "Giustizia costituzionale in Canada", en Luther, J., Romboli, R. y Tarchi, R. (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale, Tomo I, USA, Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 85 y ss.
- Petter, A., *The Politics of the Charter*, en *Supreme Court Law Review*, 1986, pp. 473 y ss.
- Radiciotti, M. R., "Protezione dei diritti fondamentali, *judicial review* e *notwithstanding clause* in Canada", en Rolla, G. (coord.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 195 y ss.
- Roach, K., *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001.
- Roach, K., *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2016, 2a. ed.
- _____, "Constitutional and Common Law Dialogue Between the Supreme Court and Canadian Legislatures", en *Canadian Bar Review/La revue du Barreau canadien*, núm. 80, 2001, pp. 481 y ss.
- _____, "Remedial Consensus And Dialogue Under The Charter: General Declarations and Delayed Declarations Of Invalidity", en *University of British Columbia Law Review*, núm. 35, 2001-2002, pp. 211 y ss.
- _____, "Dialogic Judicial Review and its critics", *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 49 y ss.
- _____, "Constitutional, Remedial and International Dialogue about Rights: The Canadian Experience", *Texas International Law Journal*, núm. 40, 2005, pp. 537 y ss.

_____, "Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions Canada and the United States", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 347 y ss.

_____, "A Dialogue About Principle and a Principled Dialogue: Justice Iacobucci's Substantive Approach to Dialogue", *University of Toronto Law Journal*, núm. 57, 2007, pp. 449 y ss.

_____, "Sharpening the Dialogue Debate: the Next Decade of Scholarship", *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 45, 2007, pp. 169 y ss.

Rodríguez, S., "La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti e delle libertà. Una 'free and democratic society' in continua evoluzione", en Rolla, G. (coord.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milán, Giuffrè, 2008, pp. 241 y ss.

Rolla, G., "I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada", en Rolla, G. (coord), *Eguale, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milán, Giuffrè, 2006, pp. 1 y ss.

Rolla, G., "La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese", en *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milán, 1998, II, pp. 1275 y ss.

Rosa, F., *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, fasc. 2, pp. 633 y ss.

Russell, P. H., *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987

- Smith, J., "The Origins of Judicial Review in Canada", en *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 1983, vol. 16, núm. 1, pp. 115 y ss.
- Snell, J. G. y Vaughan, F., *The Supreme Court of Canada: History of the Institution*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- Songer, D. R., *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, University of Toronto Press, 2011.
- Tremblay, L. B., "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, pp. 617 y ss.
- Tribe, L. H., *American constitutional law*, New York, Foundation Press, 3a. ed., 2000.
- Verrelli, N. (coord.), *The Democratic Dilemma: Reforming Canada's Supreme Court*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2013.
- Waldron, J., "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", *Supreme Court Law Review*, Second Series, núm. 23, 2004, pp. 7 y ss.

9. Las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile

Gonzalo Aguilar Cavallo*

* Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). El autor quiere agradecer la invaluable ayuda proporcionada y el trabajo de investigación realizado por los investigadores Esteban Carmona y Víctor Araya.

SUMARIO: A. Introducción; B. El Tribunal Constitucional: su diseño y competencias; I. Integración del Tribunal Constitucional chileno; II. Competencias del Tribunal Constitucional chileno; C. Tipos de sentencias que dicta el Tribunal Constitucional chileno; I. Sentencias de interpretación conforme; II. Sentencias manipulativas o normativas; III. Sentencias aditivas; IV. Sentencias sustitutivas; V. Sentencias exhortativas; VI. Sentencias prospectivas; D. Obligatoriedad de las sentencias para los otros Tribunales; E. Reflexiones finales; F. Fuentes consultadas.

A. Introducción

La pregunta principal que guiará este breve estudio consiste en cuál o cuáles son los distintos tipos de sentencias que dicta el Tribunal Constitucional chileno. Las sentencias del Tribunal Constitucional, así como las de otros tribunales pueden clasificarse en función de sus características. Diversos autores han abordado este tema proponiendo diferentes tipologías de sentencia, algunas de las cuales exponemos en este apartado. Preliminarmente, una clasificación que se explica por sí misma es aquella que distingue entre sentencias estimatorias y desestimatorias, según si acogen o rechazan la pretensión planteada por el actor. En ocasiones puede suceder que la declaración de inconstitucionalidad en una sentencia estimatoria pueda generar mayores problemas que los que pretende resolver (Olano y García, 2004:576). También es estimatoria la sentencia en que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio acorde al ordenamiento jurídico (Nogueira, 2004:115).

Ahora bien, tanto en las sentencias estimatorias como desestimatorias, en ocasiones la solución puede provenir de una simple aplicación de las nor-

mas a un caso concreto. En otros casos se requiere un mayor esfuerzo de interpretación respecto del alcance y el sentido de las normas constitucionales. Landa (2010:608) denomina sentencias de especie a las primeras y sentencia de principio a las segundas. Ambos tipos, pero principalmente el segundo, se apoyan en el principio de interpretación conforme a la Constitución.

El principio tiene gran desarrollo doctrinario, pero también ha sido positivizado por ejemplo en el Código Procesal Constitucional Peruano en el artículo 7: "Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución" (Congreso del Perú, 2021). Así, el juez constitucional debe buscar una interpretación de la norma conforme a la Constitución, toda vez que ello sea posible, dejando la declaración de inconstitucional como último recurso (Eguiguren, 2008:324).

Este trabajo se encuentra dividido en tres partes. La primera parte examinará el diseño y las competencias del Tribunal Constitucional. La segunda parte revisará los tipos de sentencias que dicta el Tribunal Constitucional. Y, la tercera parte, abordará la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional para otros tribunales.

B. El Tribunal Constitucional: su diseño y competencias

En esta parte, abordaremos una breve explicación acerca de la composición y forma de integración del Tribunal Constitucional, para luego pasar a analizar las principales atribuciones que la Constitución vigente le otorga en materia de control de constitucionalidad de la ley.

I. Integración del Tribunal Constitucional chileno

El Tribunal Constitucional chileno establece en el Capítulo VIII, artículos 92 a 94 de la Constitución Política chilena, disposiciones que se refieren

en términos generales a su composición y funcionamiento (artículo 92), competencias (artículo 93) y efectos de las sentencias (artículo 94).

Las normas constitucionales son complementadas por la Ley No. 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,¹ y por los autos acordados que dicta el propio Tribunal.²

De acuerdo con el artículo 92 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional chileno se encuentra integrado por diez miembros, denominados "ministros",³ los que son elegidos de la siguiente forma:

- a) Tres son designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro son elegidos por el Congreso Nacional. De éstos, dos son nombrados directamente por el Senado y dos son previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado.⁴
- c) Tres son escogidos por la Corte Suprema.⁵

Los requisitos de elegibilidad y perfil que establece la Carta Fundamental para el candidato a ministro del Tribunal Constitucional son: contar con el título de abogado por al menos quince años y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública. Además, se les exige no tener impedimento alguno para desempeñar el cargo de juez ordinario.

¹ Cuyo texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley No. 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 1 de junio de 2010.

² En otros, los relativos al funcionamiento del Tribunal; sobre sesiones ordinarias, horarios de audiencia y atención a público; sobre ingresos, formación de tablas y vista de las causas, y transparencia y acceso a la información.

³ Ley No. 17.997, cuyo texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley Número 5 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Chile, de 1 de junio de 2010.

⁴ La Constitución señala que los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectúan en votaciones únicas y requieren para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.

⁵ La norma establece que la Corte Suprema debe convocar a una sesión especial y que la votación es secreta.

A modo de paréntesis, de los tres poderes del Estado sólo la Corte Suprema ha regulado con algún detalle la forma en que elige a los tres miembros del Tribunal Constitucional. En efecto, el Auto Acordado S/N, de la Corte Suprema, de 24 de marzo de 2006,⁶ opta por un mecanismo de "concurso público de antecedentes", disponiéndose una etapa de llamado a concurso por el Presidente de la Corte con acuerdo del Tribunal Pleno. Esta convocatoria es publicada en el *Diario Oficial*, sin perjuicio de encargarse su adecuada difusión en otros medios y plataformas. Se indica que los interesados en postular al cargo deben elevar una solicitud por escrito y acompañar una serie de antecedentes, acreditando que cumple con las exigencias constitucionales referidas al perfil del juez.⁷

Continuando con la norma constitucional, los ministros del Tribunal duran nueve años en su cargo y se renuevan por parcialidades cada tres. Con todo, cesan en sus funciones al cumplir 75 años. Se agrega que son inamovibles y no pueden ser reelegidos, con la salvedad de aquel ministro nombrado reemplazante y que haya ejercido el cargo por un periodo menor a cinco años.

Sin perjuicio de la integración por ministros titulares, el artículo 18 de Ley No. 17.997 prevé que cada tres años se procederá a designar dos "suplentes de ministro", quienes deben reunir los mismos requisitos que se establecen en el artículo 92 de la Carta Fundamental e integrarán el Pleno o cualquiera de las Salas sólo en caso de que no exista el quórum suficiente para sesionar.⁸

⁶ Auto Acordado S/N, de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2006, que "Regula el nombramiento de los ministros titulares del Tribunal Constitucional por la Corte Suprema de Justicia", Chile.

⁷ De acuerdo con el Auto Acordado, el solicitante debe indicar su individualización completa y acompañar certificados de nacimiento, de antecedentes para fines especiales y título de abogado. Además, debe incorporar una reseña curricular de títulos, grados, diplomas, cursos de especialización, labores profesionales y desempeño en cargos docentes o académicos, y cualquier otro antecedente útil para evaluar sus méritos y el cumplimiento de las exigencias constitucionales.

⁸ Debe señalarse que la Constitución establece que el Tribunal funciona en pleno o dividido en dos Salas. En el primer caso, el quórum para sesionar es de ocho miembros, mientras que en el segundo es de cuatro.

A diferencia de la norma constitucional, la ley dispone que los suplentes de ministro son nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado. Aquellos son elegidos por una nómina de siete personas que elabora el propio Tribunal Constitucional, previo concurso público de antecedentes, proceso que debe resguardar condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias.⁹

La integración del Tribunal Constitucional chileno ha sido objeto de críticas por una parte de la doctrina nacional. En términos generales, se ha señalado que el actual sistema se trataría de una verdadera "repartición de nombramientos" en la que no se verifica contrapeso alguno de los poderes del Estado, fórmula que además tendería a la politización del Tribunal y de sus ministros (Salem, 2017:69). Asimismo, hay quienes han propuesto avanzar hacia un sistema de "confianzas compartidas entre los poderes públicos", por ejemplo, mediante la conformación de una quina de postulantes elaborada por el propio Tribunal Constitucional, la que luego sería propuesta al Presidente de la República, requiriendo el acuerdo de los demás órganos intervinientes en el nombramiento (Ríos, 2002:203; 2007:329; 2018:272).

Por su parte, la doctrina también ha criticado la constitucionalidad de la figura de los "suplentes de ministros", pues además de no estar reconocidos expresamente en la Carta Fundamental, su sistema de nombramiento es evidentemente disruptivo respecto del que se ha establecido para los ministros titulares (Nogueira, 2020:60 y ss).

⁹ Ley No. 17.997, *op. cit.*, el Tribunal debe formar la nómina en una misma y única votación pública. Cada ministro tiene el derecho de votar por cinco personas, resultando elegibles quienes obtengan las siete primeras mayorías. Por su parte, se dispone que el Senado adoptará el acuerdo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto, debiendo pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. Si el Senado no aprueba la proposición del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional deberá presentar una nueva lista, proponiendo dos nuevos nombres en sustitución de los rechazados, repitiéndose este procedimiento hasta que se aprueben los nombramientos.

El procedimiento para la formación de la nómina se encuentra establecido en el Auto Acordado que "Regula la postulación y la formación de suplentes de ministro del Tribunal Constitucional", de 4 de noviembre de 2009.

II. Competencias del Tribunal Constitucional chileno en relación con el control de constitucionalidad de las leyes

Luego de las modificaciones incorporadas a la Constitución por la Ley No. 20.050,¹⁰ el artículo 93 confiere 16 atribuciones al Tribunal Constitucional chileno, las que de manera general pueden ser agrupadas en competencias referidas a: (i) el control de constitucionalidad de leyes; (ii) el control de constitucionalidad de ciertas normas infralegales; (iii) cuestiones de constitucionalidad en relación con la convocatoria a plebiscito; (iv) resolver, calificar o pronunciarse sobre inhabilidades que afecten a ciertas autoridades; (v) resolver determinadas contiendas de competencias entre autoridades y tribunales de justicia; (vi) declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos, y (vii) resolver reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley o promulgue un texto diverso al que corresponda.¹¹

En lo que interesa a este trabajo, en Chile la atribución referida al control de constitucionalidad de la ley se encuentra concentrada en el Tribunal Constitucional y puede ejercitarse en dos momentos: durante la tramitación de la ley y hasta antes de su promulgación, y cuando ésta ya ha ingresado al ordenamiento jurídico. En tal sentido, dicha competencia puede clasificarse en aquellas de tipo preventivo o "a priori" y en aquellas de tipo represivo, reparador o "a posteriori". Forman parte del primer grupo las competencias establecidas en los numerales 1o. y 3o. del artículo 93, mientras que el segundo grupo corresponde a las atribuciones previstas en los numerales 6o. y 7o.

¹⁰ Ley "Sobre Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República", Chile, artículo 93, reforma publicada en el *Diario Oficial* el 26 de agosto de 2005.

¹¹ La doctrina nacional ofrece una clasificación aún más general, agrupando las competencias del Tribunal Constitucional chileno en (i) controles de constitucionalidad normativos; (ii) controles de constitucionalidad de conflictos de atribuciones o competencias, y (iii) competencias residuales. Sobre el particular (Nogueira 2019: 157 y ss).

1. Competencias del Tribunal Constitucional de tipo preventivo o *a priori*

El Tribunal Constitucional chileno tiene básicamente dos grandes atribuciones de control preventivo de constitucionalidad. Por un lado, el control obligatorio y, por otro lado, el control preventivo.

a) Control de constitucionalidad de leyes interpretativas de la Constitución, de leyes orgánicas constitucionales y de normas de un tratado que versen sobre aquellas materias, antes de su promulgación (artículo 93 No. 1).

Se trata además de un control de tipo obligatorio, en el que la Cámara de origen envía al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

Al respecto, la Ley No. 17.997 señala que si durante la discusión del proyecto o tratado se hubiere suscitado cuestión de constitucionalidad de uno o más preceptos, deben también enviarse al Tribunal las actas de las sesiones correspondiente o en su caso el oficio del Presidente de la República donde conste la cuestión debatida. Agrega que el Tribunal, por resolución fundada, puede resolver que uno o más preceptos son inconstitucionales. En el caso de los tratados, si la inconstitucionalidad es total, aquello impide que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado, mientras que la inconstitucionalidad parcial faculta al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser aquello procedente de acuerdo con las normas del propio tratado y las disposiciones generales del derecho internacional.

b) Cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (artículo 93 No. 3).

Estamos ante un control de tipo eventual o facultativo, en el que la Carta Fundamental establece como sujetos legitimados para accionar al Pre-

sidente de la República, cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Se exige además que el requerimiento sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional.

La Ley No. 17.997 establece como exigencias de admisión a trámite que el requerimiento contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, además de señalarse en forma precisa la cuestión de constitucionalidad o los vicios de inconstitucionalidad, con indicación de las normas que se estiman transgredidas. Sorteada aquella fase, la ley faculta al Tribunal a declarar inadmisibles el requerimiento si éste no es formulado por un órgano legitimado o cuando la cuestión se promueva fuera de las oportunidades que prevé la normativa.

Una vez declarado admisible el requerimiento, la ley indica que éste será puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, los que podrán hacer llegar las observaciones y los antecedentes que estimen necesarios. Luego, el Presidente del Tribunal ordenará traer los autos relación, se llevará a efecto la respectiva audiencia, se adoptará acuerdo por el Pleno y se designará a un Ministro redactor de la sentencia.

En lo que respecta a sus efectos, la sentencia estimatoria impide que el proyecto de precepto se incorpore como norma jurídica al ordenamiento. Mientras que la sentencia que declara que el proyecto de precepto es conforme a la Constitución, impide que éste sea impugnado en ejercicio del control de constitucionalidad represivo, por el mismo vicio.

2. Competencias del Tribunal Constitucional de tipo represivo, reparador o a posteriori

El Tribunal Constitucional dispone de dos grandes atribuciones de control de constitucionalidad de la ley *a posteriori*. Por un lado, la deno-

minada acción de inaplicabilidad y, por otro lado, la acción de inconstitucionalidad.

a) Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución (artículo 93 No. 6).

La Constitución señala que la denominada "acción de inaplicabilidad" puede ser incoada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce de una gestión pendiente. Se trata entonces de un control concreto en el que se busca que el Tribunal examine y luego declare que la aplicación de un precepto legal, para un determinado caso, resulta contrario a la Carta Fundamental.

Tan relevante es la existencia de una gestión pendiente, que la Ley 17.997 prevé que la Sala del Tribunal sólo podrá acoger a trámite el requerimiento si se acompaña a éste un certificado expedido por el tribunal que conoce la gestión judicial, en el que conste su existencia, el estado procesal en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.¹² Además, se dispone que el Tribunal Constitucional requerirá al juez que esté conociendo de la gestión pendiente el envío de copia de las piezas principales del respectivo expediente.

Sorteada esta etapa, la ley establece que la Sala del Tribunal puede declarar inadmisibles el requerimiento cuando no haya sido formulado por una persona u órgano legitimado; cuando la cuestión que se promueve respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la

¹² En esta etapa de admisión a trámite la Sala del Tribunal Constitucional también verifica que el requerimiento contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya, cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional, y además que se indiquen el o los vicios de inconstitucionalidad con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman trasgredidas.

Constitución por el Tribunal y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; cuando no exista gestión judicial pendiente o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; cuando de los antecedentes aparezca que el precepto impugnado no ha de tener aplicación o no será decisivo en la resolución del asunto, y cuando carezca de fundamento plausible.

Declarado admisible un requerimiento, previa comunicación a las partes y órganos interesados para que efectúen observaciones e incorporen antecedentes, el Pleno del Tribunal resolverá sobre el fondo en sesión decretada para tal efecto.

La sentencia que declara la inaplicabilidad de un precepto impugnado (sentencia estimatoria) sólo produce efectos en el juicio en que se solicita (*inter partes*), debiendo explicitarse en su parte considerativa el modo en que la aplicación de dicho precepto resulta contraria a la Constitución para el caso concreto. En particular, la sentencia estimatoria genera un efecto negativo en el juez de la gestión pendiente, pues éste se encontrará impedido de aplicar tal precepto en la resolución del asunto de fondo.

b) Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable (art. 93 No. 7).

En este caso estamos ante una acción de carácter abstracto, que no requiere la existencia de un juicio o gestión pendiente, y mediante la cual se busca que el Tribunal Constitucional declare —con efectos erga omnes— que un determinado precepto legal¹³ es totalmente contrario a la

¹³ Con la salvedad de que esta acción no puede promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones.

Constitución, o bien, que dicho precepto no tiene ninguna interpretación que se ajuste al texto de la Carta Fundamental, lo que amerita que sea apartado del ordenamiento jurídico.

La Constitución señala que existe acción pública para deducir esta acción, sin perjuicio de que el Tribunal pueda proceder de oficio, exigiendo como presupuesto procesal que el precepto legal que se impugna haya sido declarado inaplicable al menos una vez.

Por su parte, la Ley No. 17.997 agrega que, si la acción es promovida de oficio, el Tribunal debe dictar una resolución preliminar fundada, individualizando la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas. Para aquellos requerimientos que provengan del ejercicio de una acción pública, se dispone que el Tribunal puede declarar la inadmisibilidad cuando no exista sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, y cuando la cuestión se funda en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad.

Una vez admisible, el Tribunal debe poner la acción en conocimiento de los órganos constitucionales interesados (Presidente de la República y Congreso Nacional), los que pueden formular observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes. En la práctica también ha sucedido que el Tribunal cita a una audiencia pública para que cualquier persona o grupos de personas puedan formular observaciones o realizar presentaciones respecto de la norma que se impugna. Evacuadas todas las diligencias y/o realizadas las audiencias, le corresponde al Pleno del Tribunal decidir sobre el fondo.

La sentencia que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad (sentencia estimatoria) de todo o parte de un precepto legal, debe ser publicada en el *Diario Oficial*, momento a partir del cual se entenderá derogado sin efecto retroactivo.

C. Tipos de sentencias que dicta el Tribunal Constitucional chileno

En esta parte intentaremos examinar las sentencias constitucionales que dicta el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a las sentencias atípicas.

¿Cuál sería el significado de una sentencia atípica? El juez constitucional al enfrentarse ante un posible vicio de constitucionalidad tiene variadas alternativas. Si es una sentencia estimatoria, podrá generar diferentes tipos de sentencias que no simplemente se pronuncian sobre la inconstitucionalidad. Dependiendo de los alcances y sus efectos, constituyen lo que parte de la doctrina denomina sentencias atípicas (Nogueira, 2004:116; 2010:88; Landa, 2010:601). Estas sentencias encuentran fundamento en el "[...] principio de conservación de las normas legislativas, que fundamenta la posibilidad de una intervención positiva y no solo negativa del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar de la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho, aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista" (Nogueira, 2004:124). Como observa Nogueira (2004:124) "[...] el texto es el enunciado normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación, las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado de dicho proceso [...] Esta diferenciación es lo que permite justificar y legitimar algunos tipos de sentencia atípicas, ya que el control de constitucionalidad recae más en las normas que se derivan vía interpretación de los enunciados normativos que de estos últimos".

El surgimiento de estas sentencias es observado en algunos tribunales constitucionales europeos que han tratado de conciliar el control de constitucionalidad con los efectos perjudiciales que en ocasiones genera la expulsión de una norma del ordenamiento. Buscan una adecuación del ordenamiento jurídico a la Constitución, evitando a su vez situaciones de mayor inconstitucionalidad que se producen a través de las simples sentencias estimatorias de inconstitucionalidad (Nogueira, 2010: 89). Los

ejemplos más citados son del Tribunal Constitucional alemán, austriaco, español e italiano. En el caso italiano, la doctrina las ha denominado sentencias manipulativas, ya que "[...] concreta además de la supresión de ciertas normas, la introducción en el ordenamiento de nuevas normas, originadas ya no por el órgano legislativo sino más bien por el Tribunal Constitucional" (Eguiguren, 2008:325). Ello genera críticas por cuanto el Tribunal Constitucional puede convertirse en intérprete de la ley originando normas de carácter general (Eguiguren, 2008:326).

¿Cuál podría ser una posible clasificación de las sentencias atípicas? En torno a ellas hay varias clasificaciones que dependen directamente del autor. Landa (2010:609) señala que las sentencias estimatorias pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-normativas (en su opinión mal llamadas manipulativas). Sagües (2006:191) en acuerdo con la idea de no existir una clasificación unánime, menciona los siguientes tipos de sentencias: manipulativas, interpretativas, modulatorias, exhortativas. Gozaíni (2014:152) las divide por el resultado en estimatorias o desestimatorias; por las modalidades en interpretativas, normativas, aditivas, reductivas, sustitutivas; por los efectos en exhortativas, estatutarias o declarativas. Olano (2004:576), en un estudio de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, denomina también aquellas sentencias que afectan el contenido de una norma como manipulativas y las clasifica en sentencias interpretativas o condicionales, integradoras o aditivas y sustitutivas. Nogueira (2010:88) distingue las sentencias atípicas en interpretativas en conformidad con la Constitución, exhortativas, sustitutivas, reductivas, aditivas, prospectivas o de efectos diferidos, entre otras. Para efectos de este apartado se mencionarán las sentencias interpretativas conforme, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas, sentencias prospectivas.

I. Sentencias de interpretación conforme

La sentencia de interpretación conforme con la Constitución tiene como presupuesto la distinción entre el enunciado legal y la norma que emana

de él (Nogueira, 2004:125). Así, el juez constitucional anula una determinada interpretación o norma proveniente del precepto, sin afectar su valor (Nogueira, 2010:92). Puede reducirse la aplicación a determinados casos o bien, limitar sus efectos. Así, el Tribunal Constitucional puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso concreto, pero en control abstracto determinar que el precepto legal es constitucional, pues alguna de sus interpretaciones se conforma con la Constitución; en otras palabras, el Tribunal Constitucional "[...] no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador" (Olano, 2004:577).

Para Nogueira (2004:126), las sentencias son declarativas pues el Tribunal Constitucional muestra una interpretación de la norma jurídica que existía desde el momento en que se generó el precepto legal. Se distingue entre sentencias interpretativas estimativas si consideran inconstitucionales algunas interpretaciones del precepto; y sentencias interpretativas desestimativas si rechazan la inconstitucionalidad al determinar que la interpretación del precepto es conforme a la Constitución.

Un ejemplo de sentencia en el sentido de rechazar una inconstitucionalidad por existir alguna interpretación conforme a la Constitución se puede revisar en la sentencia Rol No. 1.723 sobre proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 2.331 del Código Civil. Luego de declararse la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en sentencias Rol No. 943 y Rol No. 1.185. El precepto legal cuestionado permite reclamar indemnización de perjuicios a una persona que ha sido objeto de imputaciones injuriosas, solo si se acredita un daño emergente o lucro cesante, pero no daño moral. Ello contravendría el artículo 19, numeral 4, de la CPR. La inconstitucionalidad fue rechazada al no alcanzar el quórum de 4/5

que exige el artículo 93, numeral 7, de la CPR. Entre los argumentos de quienes rechazan la inconstitucionalidad se indica que "[...] el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional [...] a buscar al menos alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental [...]". Luego argumentan los Ministros Vodanovic, Navarro y la Ministra Peña: "[...] solo en algunos casos la aplicación del artículo 2.331 del Código Civil podría afectar la protección que la Constitución brinda a la honra de las personas" ... "no se darían los supuestos para estimar que dicha norma es contraria a la Carta Fundamental bajo todo respecto, tal y como exige una declaración de inconstitucionalidad".¹⁴

II. Sentencias manipulativas o normativas

A continuación, analizamos un grupo de sentencias dentro de lo que hemos reseñado como manipulativas o interpretativas-normativas, según el autor que se considere. Son aquellas en que el Tribunal Constitucional indica un contenido inconstitucional dentro de una ley, eliminando alguna palabra o alguna frase, lo que modifica el precepto original. Según Landa (2010:611) también son de este tipo las sentencias que agregan una interpretación a un precepto legal que no aparece a primera vista (Eguiguren, 2008:236).

III. Sentencias aditivas

En las sentencias aditivas, una norma creada vía interpretación es declarada inconstitucional y luego por vía de adición de una nueva interpretación al enunciado normativo se genera una nueva norma extendida a un supuesto de hecho no previsto originalmente. Son una evidencia de activismo judicial según Nogueira (2004:127), pues el Tribunal Consti-

¹⁴ Proceso de inconstitucionalidad, Tribunal Constitucional en relación con el artículo 2.331 del Código Civil, 2011. 24 de mayo de 2011. Disponible en: «https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=30257». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

tucional suplanta al legislador; es por tanto una sentencia constitutiva, no anula la disposición, sino que le agrega un contenido que la deviene constitucional (Olano, 2004:578) y que antes del control no existía. La sentencia aditiva puede llenar una laguna que es suplida por la interpretación del Tribunal Constitucional; también puede eliminar una exclusión derivada de la omisión legislativa, incluyendo a quienes habían sido marginados (Nogueira, 2004:128). Señala Gozáni (2014:187) coincidiendo con Nogueira que "[e]n los hechos son sentencias de inconstitucionalidad no declarada con añadidos que modifican el enunciado normativo. También suelen presentarse como sentencias integradoras".

A nuestro juicio, un ejemplo de este tipo de sentencia lo encontramos en el Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, respecto del proyecto de ley que reguló la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, Rol 3.729. El proyecto, entre otras cosas, agregó al Código Sanitario el artículo 119 ter que en lo que interesa a este tema disponía: "Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas [...] podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiere manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento en forma previa y escrita. De este mismo derecho gozará el resto del **personal profesional** al que corresponde desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención [...] La objeción de conciencia es de carácter personal y **en ningún caso** podrá ser invocada por una institución [...] **Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo** establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119" (el destacado es nuestro). En la sentencia, señala el Tribunal Constitucional que "no se divisa razón jurídica para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales, por lo que elimina el adjetivo *profesional* del precepto legal (considerando 135). Luego señaló que la objeción de conciencia puede ser planteada por personas jurídicas en virtud de la autonomía de los grupos intermedios, por lo que elimina las palabras *en ningún caso* (considerando 136). Finalmente elimina completamente la imposibilidad de excusarse ante la inminencia del plazo de

14 semanas en la causal de violación (considerando 138).¹⁵ En estas tres eliminaciones de palabras o frases del precepto legal, se vislumbra claramente que la norma luego del control de constitucionalidad es opuesta a la manifestada por el legislador.

IV. Sentencias sustitutivas

Las sentencias sustitutivas comparten con las aditivas un elemento ablativo, no obstante, sustituyen el vacío normativo por otro que si tienen fundamento constitucional (Olano, 2004:580; Gozaini 2014:196). Sugiere Nogueira (2004:130) que se desarrollan en Italia, en asuntos en que la Corte Constitucional elimina un precepto legal sustituyéndolo por otro que si está acorde con la Constitución. Esta nueva regla se deduce necesaria, directa y obligatoriamente de la Constitución (Gozaini, 2014:188). En nuestra revisión, no hemos observado este tipo de sentencia en el Tribunal Constitucional chileno.

V. Sentencias exhortativas

Las sentencias exhortativas, como su nombre lo indica, son aquellas en que el Juez Constitucional hace un llamamiento al legislador a dictar o reemplazar un precepto legal, que es inconstitucional (Sánchez, 2009:302). Ahora bien, el juez constitucional no expulsa de inmediato la norma, sino que conmina al Congreso a legislar; de no hacerlo, una sentencia posterior podría declarar la inconstitucionalidad de la norma respectiva. En algunos casos la "norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regula las respectivas situaciones" (Nogueira, 2004:130; Olano, 2004:581; Gozaini, 2014:213).

¹⁵ Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, boletín número 9895-11, 2017, 28 de agosto de 2017, rol 3.729. Disponible en: «https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=66034». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Para algunos autores este tipo de sentencia admite subtipos en relación con el momento en que se declare la inconstitucionalidad: sentencias de anulación o inaplicabilidad inmediata postergando el fallo de inconstitucionalidad; sentencias que retrasan la ejecución del pronunciamiento por un cierto tiempo o sujeta a condiciones que se deben cumplir; sentencias delegativas que señalan la inconstitucionalidad y dan pautas para su corrección; sentencias que delegan sin instrucciones, pero con plazos a cumplir para la declaración de inconstitucionalidad (Gozaini, 2014:230).

Como ejemplo de este tipo de sentencias, Nogueira (2004:131) señala una que es trascendental en las postrimerías de la dictadura cívico militar. El Tribunal Constitucional en control preventivo de la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios señaló: "algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental". Finalmente, en la parte resolutive indica: "Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia".¹⁶

VI. Sentencias prospectivas

En las sentencias prospectivas, el juez constitucional determina en la sentencia una vigencia diferida para que surta efectos. De este modo posibilita que el legislador adopte las medidas necesarias tendientes a evitar

¹⁶ Control de constitucionalidad respecto del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, 1988. 4 de mayo de 1988. Rol 53. Disponible en: «https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=26447». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

el perjuicio que provocará la expulsión del precepto jurídico. Este tipo de sentencia se ha desarrollado en Alemania y ha sido recogido por la Corte de Colombia (Nogueira, 2004:132). No hemos observado este tipo de sentencia en el Tribunal Constitucional chileno.

D. Obligatoriedad de las sentencias para los otros Tribunales

Uno de los problemas actuales del Tribunal Constitucional chileno es en relación con el efecto de sus sentencias en la judicatura ordinaria, especialmente en el contexto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sobre el particular, es posible constatar que no existe norma expresa que obligue al tribunal ordinario a acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional, ocurriendo que en algunas oportunidades dicha decisión sea simplemente omitida o ignorada.

Aunque no se trata de un fenómeno nuevo en nuestro país, a principios del año 2019 la prensa denominó "choque de trenes" a una serie de problemas o conflictos institucionales suscitados entre la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional.

A la sazón, los medios destacaron que el entonces Presidente de la Corte Suprema, Sr. Haroldo Brito, en su cuenta pública discurría sobre la imperiosa necesidad de observar los límites que el ordenamiento jurídico le entregaba a ambos organismos, utilizando como ejemplo el fallo del Tribunal Constitucional de 6 de diciembre de 2018 —que recayó sobre los autos Rol No. 3853-17 y declaró inaplicables los artículos 1o., inciso tercero, y 485, ambos del Código del Trabajo—, sentencia que en definitiva habría inutilizado la interpretación de la Corte Suprema referida a la tutela laboral y su aplicación a los funcionarios públicos.

El conflicto escaló un peldaño cuando la referida sentencia del Tribunal Constitucional fue recurrida de protección ante la Ilustrísima Corte de

Apelaciones de Santiago.¹⁷ Dicha Corte rechazó el recurso indicando que, entre otros aspectos, el Tribunal había actuado dentro del marco de sus competencias y que las Cortes no tienen facultades para revisar lo actuado por un órgano expresamente excluido de la superintendencia correccional y económica de la Corte Suprema.¹⁸

Apelada la decisión, la Corte Suprema confirmó la sentencia, pero sustituyó íntegramente el considerando tercero —contentivo de todo el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago—, por considerarlo errado, señalando que la autonomía, independencia y competencias del Tribunal Constitucional no significa que sus actuaciones queden al margen de la revisión por la vía jurisdiccional del recurso de protección. Con todo, agrega que la solicitud —que en este caso se encontraría referida a dilucidar si el Tribunal Constitucional actuó fuera del marco de su competencia— no es resorte de la acción de protección, sino que aquello debe ser analizado por el juez de la gestión pendiente. De esta forma, según la Corte Suprema, la judicatura respectiva debe verificar qué parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional es vinculante y obligatorio por emanar del correcto ejercicio de las atribuciones que la Constitución y la ley han conferido.¹⁹

Por su parte, el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. Iván Aróstica, declaraba en los medios que la acción de protección no podía

¹⁷ El recurso de protección dirigido en contra la sentencia del Tribunal Constitucional (Rol No. 3853-17-INA, de 6 de diciembre de 2018), fue interpuesto por Ramón Chanqueo Filumil, por sí y en calidad de presidente de la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile (ASEMUCH) y también en representación de Marvy Navarrete Jaque (funcionaria municipal interviniente en la gestión pendiente), aduciendo que el derecho fundamental supuestamente vulnerado era la igualdad ante la ley, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 No. 2.

¹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2019, Rol No. 566-2016, recurso de protección, considerando 3o.: La Corte de Apelaciones también estimó que: (i) había un mandato en el artículo 94 de la Constitución, esto es, en contra de las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, incluido el recurso de protección; (ii) el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo e independiente de toda autoridad o poder, sus fallos no pueden ser revisados ni dejados sin efecto sin afectar con ello gravemente su autonomía e independencia, y (iii) que acoger el recurso interpuesto desnaturalizaría su carácter de acción de urgencia o cautelar.

¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema, 7 de octubre de 2019, Rol No. 21.027-2019, apelación recurso de protección, considerando 7o.

utilizarse para invalidar sentencias de la Magistratura Constitucional, pues ello quebrantaría las bases de la institucionalidad.²⁰ La sentencia de la Corte Suprema provocó que el Tribunal emitiera una declaración pública, enfatizando que dicho órgano resguarda la Constitución, interpreta conforme a ella y es respetuoso de las atribuciones que le han sido conferidas a otros órganos. Indica finalmente que en aquel caso no excedió sus competencias, ni tampoco interfirió o controló la forma en que se tramitó la gestión judicial pendiente.²¹

Un par de años antes el enfrentamiento entre ambas instituciones había sido aún más directo. Así lo evidencia la prevención del Ministro de la Corte Suprema, Sr. Carlos Aránguiz y del Abogado Integrante, Sr. Jean Pierre Matus, quienes resolviendo la apelación de un recurso de protección, indicaron que era necesario eliminar el considerando noveno que citaba jurisprudencia del Tribunal Constitucional, "por tratarse de un tribunal político (en el estricto sentido de la palabra) y sus fallos no pueden constituir fuente de jurisprudencia para el Tribunal Máximo de la República como es la Corte Suprema".²²

Los pronunciamientos antes reseñados son sólo una muestra de la posición de la Corte Suprema respecto de las competencias y el rol del Tribunal Constitucional. En efecto, es posible advertir una resistencia tanto hacia el contenido de la sentencia de inaplicabilidad estimatoria, como a la interpretación constitucional.

No debe confundirse el efecto de cosa juzgada de la sentencia con la vinculatoriedad de la misma. La primera sí encuentra recepción normativa, por cuanto el artículo 90 de la citada ley establece que, resuelta la cuestión de inaplicabilidad, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se

²⁰ "El 'choque de trenes' no se detiene: el Tribunal Constitucional responde a la Corte que ni la Suprema puede revisar sus fallos", La Tercera, La Tercera PM, 20 de marzo de 2019.

²¹ Declaración Pública, Tribunal Constitucional Chileno, emitida el 8 de octubre de 2019.

²² Rol No. 2.925-2017, Suprema Corte de Santiago, 8 de junio de 2017.

hubiere promovido. A este respecto, Humberto Nogueira (2010:81) distingue con claridad que la cosa juzgada constitucional se refiere a la incompetencia del Tribunal Constitucional para conocer nuevamente de la cuestión de constitucionalidad, mientras que la vinculatoriedad de la sentencia se refiere a la fuerza horizontal y vertical tanto de la parte considerativa —que establece principios y fundamentos— como de la parte resolutive de la sentencia, en la que en definitiva se contiene la decisión del asunto controvertido.

Sobre el particular, la doctrina ha indicado que esta falta de "imperio" de las sentencias de inaplicabilidad se traduce en que el Tribunal Constitucional no tiene cómo obligar al tribunal ordinario o especial a acatar lo decidido, es decir, que el precepto legal sea efectivamente inaplicado en el caso concreto. De esta forma, Gastón Gómez (2013:62) señala que, en parte, "la obligatoriedad de la sentencia emana, primeramente, de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución, y en otra parte, se vincula o depende de la autoridad y prestigio que logre el TC ante los jueces, con una práctica constitucional estimulante y razonada. El TC está provisto, ex profeso, de auctoritas y no de potestas, y este es su desafío y su importancia".

Corolario de lo anterior es que, como no hay norma que regule los efectos de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, es necesario establecer medios compulsivos para imponer la decisión del Tribunal Constitucional. Debe añadirse que la posición de superioridad de esta Magistratura en el ordenamiento jurídico evidencia problemas de diseño (Gómez, 2013:243). Esto es, si bien en el ámbito doctrinario no se discute su calidad de máximo intérprete, unido a la competencia concentrada y exclusiva en el control de constitucionalidad de la ley, el Constituyente lo situó orgánicamente en paralelo a la jurisdicción común y no previó con detalle la interrelación que necesariamente ocurriría entre ambos. Sólo se reguló expresamente la facultad del Tribunal Constitucional de ordenar la suspensión de la gestión pendiente a la judicatura.

Manuel Núñez (2012:15), en un trabajo de análisis jurisprudencial que relaciona fallos de inaplicabilidad y sentencias de fondo dictadas en las respectivas gestiones pendientes, llega a la misma conclusión antes expuesta. Señala que si bien la inaplicabilidad no implica —ni debe implicar— un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pues aquello es una competencia privativa del juez de la instancia, tiene que existir una completa concordancia y efecto útil de las facultades previstas para ambos órganos en la Constitución. De este modo, para el autor la forma ideal de cumplimiento de la sentencia de inaplicabilidad es aquella en la que el tribunal de la gestión, en los distintos grados del proceso, no sólo cita la sentencia de inaplicabilidad (por ejemplo a través de la fórmula "a fojas [...] rola la sentencia de inaplicabilidad de fecha [...]") sino que también "descifra su significado en el proceso y, al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento, justifica la aplicación legal con el mandato judicial del Tribunal Constitucional" (Núñez, 2012:45).

Con todo, parte de la doctrina es enfática en señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y especialmente la sentencia de inaplicabilidad es obligatoria para todos por mandato de la propia Constitución, y "su cumplimiento no depende de la discrecionalidad de cada órgano político, administrativo o jurisdiccional". Dicha fuerza vinculante, se agrega, encuentra sustento normativo en el artículo 60. de la Constitución Política,²³ y su vulneración por el juez de la gestión pendiente, junto con originar las responsabilidades y sanciones legales, en el caso de la inaplicabilidad constituye, asimismo, una trasgresión al principio de igualdad ante la ley e igual protección en el ejercicio de los derechos (Vásquez, 2020).

En lo que respecta a las posibles soluciones, corresponde destacar que el proyecto de nueva Constitución de la ex Presidenta Michelle Bachelet

²³ Constitución Política de la República de Chile, Chile, artículo 60., incisos primero y segundo: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

advirtió esta problemática, y pretendió incorporar al cuerpo de la Carta Fundamental el siguiente texto: "Para hacer ejecutar sus resoluciones, el Tribunal Constitucional podrá impartir órdenes o requerir acciones a las reparticiones públicas concernidas. Con tal propósito es aplicable el inciso cuarto del artículo 77 de la Constitución". Cabe añadir que el artículo 77 citado, que se encuentra referido al Poder Judicial, establece que la autoridad requerida "deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial" y que "no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar".

En el mismo sentido, dentro del documento *25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI*, y con miras a perfeccionar la acción de inaplicabilidad, se consideró necesario establecer normativamente la obligación del juez de fondo de analizar en la resolución del conflicto la sentencia de inaplicabilidad —modificando el artículo 170 del Código del Procedimiento Civil, referido a los requisitos de la sentencia—, así como también crear un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional —distinto al amparo constitucional—, que pueda ser interpuesto contra la decisión judicial que desconoce los efectos de la sentencia de inaplicabilidad.²⁴

Sin perjuicio del contenido particular de la norma, es pertinente que futuras innovaciones se hagan cargo del problema regulando expresamente el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional, reconociéndole a éste la facultad de imperio, institución que va de la mano con el ejercicio de la actividad jurisdiccional, pudiendo además disponerse de una acción ante el Tribunal Constitucional en caso de que el juez de la instancia desconozca aquella decisión en su sentencia.

²⁴ Briones Rojas, Ignacio *et al.*, *Informe Final del Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional: 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI*, Chile, 2019, p. 77. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/documentos/Informe-Final-Grupo-Estudio-Reforma-al-TC.pdf>. [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

E. Reflexiones finales

El examen de la actividad del Tribunal Constitucional muestra una determinada intensidad en su labor creativa en el terreno de las sentencias atípicas. Sin embargo, como se ha mencionado en el cuerpo de este trabajo, algunas de las sentencias que más connotación pública han causado, constituyen buenos ejemplos de este tipo de sentencias. Particularmente interesante resulta el caso de la denominada ley de aborto en tres causales. Éste fue un proyecto extensamente discutido en el seno del Congreso y contó con amplia participación popular.

El tema de la interrupción del embarazo en situaciones de extrema gravedad formó parte del debate democrático y el consenso general indicó, *grosso modo*, que era un derecho de las personas afectadas acceder a los servicios de salud para desarrollar el procedimiento, los que estaban obligados a proporcionarlo. Se dejó a salvo el derecho a la libertad de conciencia que gozan todas las personas.

Sin embargo, en su intervención, el Tribunal Constitucional incorporó como limitante para el pleno goce de este derecho a la interrupción del embarazo en los tres casos graves que se mencionan, a la libertad de conciencia denominada "institucional". Es decir, no sólo el personal médico tendría libertad de conciencia, sino además las instituciones, más en concreto, los hospitales completos podrían negarse a realizar el procedimiento esgrimiendo el derecho que les había generado en su sentencia el Tribunal Constitucional. Con esto, se atentaba seriamente las posibilidades prácticas de ejercicio por parte de las mujeres afectadas del derecho la interrupción del embarazo en los tres casos graves que preveía la ley. Ante este tipo de sentencias aditivas, que cambian el sentido y el espíritu de la ley, es posible preguntarse cuál es el lugar que ocupa el enfoque de derechos, el principio favor persona y la perspectiva de género en el análisis efectuado por el tribunal.

F. Fuentes consultadas

Boletín No. 11.617-07, Proyecto de reforma constitucional, iniciado en Mensaje No. 407-365 de S.E. la Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet, para modificar la Constitución Política de la República.

Eguiguren Praeli, Francisco José, *Las sentencias interpretativas o "manipulativas" y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano. La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. Disponible en: «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/29261>». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Gómez Bernal, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.

Gozañi, Osvaldo, *Sentencias constitucionales. Teoría y práctica*, Panamá, Editorial Barrios & Barrios, 2014. Disponible en: «<http://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/07/Spread-Teoria-de-la-sentencia-constitucional-Diagramacion.pdf>». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Briones Rojas, Ignacio *et al.*, *Informe Final del Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional: 25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI*, Chile, 2019, p. 77. Disponible en: «<https://www.cepchile.cl/documentos/Informe-Final-Grupo-Estudio-Reforma-al-TC.pdf>». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Landa, *Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana. La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un*

Ius constitutionale commune en América Latina?, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 599 a 621. Disponible en: «<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11801/las-sentencias-atipicas-en-la-jurisdiccion-constitucional-latinoamericana.pdf?sequence=25&isAllowed=y>». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", *Ius et Praxis*, 2004, volumen 10, pp. 113 a 158.

_____, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", en *Estudios constitucionales*, Chile, 2010, volumen 8, pp. 79 a 116.

_____, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, número 1, 2010, pp. 79 a 116.

_____, *El Tribunal Constitucional chileno y perspectiva comparativa con tribunales constitucionales latinoamericanos*, Valencia España, Tirant Lo Blanch, 2019.

Núñez Poblete, Manuel, "Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional", *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, número 1, 2014, pp. 15 a 64.

Ríos Álvarez, Lautaro, "Generación del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Chile, Concepción Chile, número 212, volumen I, año LXX, 2002, pp. 203 a 206.

_____, "El poder del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, volumen 69, tomo I, 2007, pp. 329 a 346.

_____, "Defensa del Tribunal Constitucional", *Revista Ius Publicum*, Santiago de Chile, número 41, 2018, pp. 272 a 278.

Sagüés, Néstor Pedro, *Las sentencias constitucionales exhortativas*, Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, volumen 4, número 2, 2006, pp. 189-202. Disponible en: «<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040109>» [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2021].

Salem Gesell, Catalina, "Integración del Tribunal Constitucional: Un análisis crítico al sistema de designación actual", *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, Santiago de Chile, Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, número 11, 2017, pp. 69 a 86.

Sánchez Sánchez, Julia, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", *Cuestiones constitucionales*, 2009, pp. 295 a 318.

Olano García, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *Revista Vniversitas*, 2004, volumen 53, número 108, pp. 571 a 602.

Vásquez Márquez, José Ignacio, "Columna de opinión", *El Mercurio Legal*, 16 de diciembre de 2020, Disponible en «<https://cutt.ly/gj0gU0B>». [Consultado el 24 de enero de 2021].

Normativa

Constitución Política de la República Chilena, Chile.

Ley No. 17.997, cuyo texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley Número 5 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Chile, de 1 de junio de 2010.

Auto Acordado S/N, de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2006, que "Regula el nombramiento de los ministros titulares del Tribunal Constitucional por la Corte Suprema de Justicia", Chile.

Auto Acordado S/N, del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2009, que "Regula la postulación y la formación de suplentes de ministro del Tribunal Constitucional", Chile.

Ley 31037, Nuevo Código Procesal Constitucional, Disponible en: «<https://bit.ly/3tx7MGV>». [Consultado el 1 de septiembre de 2021].

Jurisprudencia

Control de constitucionalidad respecto del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, 1988. 4 de mayo de 1988. Rol 53. Disponible en: «https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=26447». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Proceso de inconstitucionalidad, Tribunal Constitucional en relación con el artículo 2.331 del Código Civil, 2011. 24 de mayo de 2011. Disponible en: «https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=30257». [Consultado el 21 de diciembre de 2021]

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, boletín número 9895-11, 2017, 28 de agosto de 2017, rol 3.729. Disponible en: «https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente2.php?id=66034». [Consultado el 21 de diciembre de 2021].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2019, Rol No. 566-2016, recurso de protección.

Sentencia de la Corte Suprema, 7 de octubre de 2019, Rol No. 21.027-2019, apelación recurso de protección.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 6 de diciembre de 2018, Rol No. 3853-17, inaplicabilidad.

10. Tipologías de las sentencias constitucionales en Colombia*

Eduardo Andrés Velandia Canosa**

Edgar Fabián Garzón Buenaventura***

* Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). El autor quiere agradecer la invaluable ayuda proporcionada y el trabajo de investigación realizado por los investigadores Esteban Carmona y Víctor Araya.

SUMARIO: A. Nota introductoria; B. Sentencia constitucional; C. Tipología de la sentencia constitucional; D. Conclusión; E. Bibliografía.

A. Nota introductoria

La creación de la Corte Constitucional en Colombia, inspirada en el tribunal austriaco kelseniano, ha tenido diferentes frutos dentro del ordenamiento jurídico, que han inspirado propuestas teóricas como: i) constitucionalismo social; ii) el derecho viviente, y iii) la acción de tutela contra providencias judiciales, etc. Empero, el suceso más importante dentro de la doctrina constitucional en materia del precedente refiere a las tipologías de sentencias que, en el resorte del derecho de acción en Colombia, no se contenta con sólo estimar o desestimar las pretensiones de los sujetos procesales que intervienen en el campo contencioso constitucional, sino en establecer principios vectores de interpretación jurídica, concretizándose en el fallo y sus efectos irradiadores en el ordenamiento jurídico colombiano.

Del corolario, es necesario comprender desde una competencia genérica el surgimiento del tribunal concentrado constitucional en Colombia,

formas de modulación en las providencias emanadas de la Corte Constitucional colombiana a través de los medios de control, como fuente material de derecho.

B. Sentencia constitucional

El surgimiento de los tribunales constitucionales a comienzos del siglo XX en el continente europeo resultó un remedio para evitar el despotismo o abuso del Poder Legislativo, en un control único concentrado denominado función de la jurisdicción constitucional que, por un lado, abona en la coherencia interna, formal como material, en la norma fundante y, por otra parte, en el poder democrático del legislador, que busca mantener los cauces del sistema normativo en la validez de las normas.

El poder de examinar la constitucionalidad de las leyes y de invalidar los preceptos inconstitucionales es concebido como función exclusiva y centralizada de un tribunal constitucional [...] El jurista austriaco pensó la revisión judicial como una forma natural que el aplicador e intérprete de las normas vigilara su validez y la supremacía normativa. También como una forma de proteger la separación de poderes pues no sería lógico encomendar al legislador que velara por la constitucionalidad de sus propias normas, o al gobierno, entre más preocupado por influenciar al legislador, cuidar posiciones burocráticas y de intereses políticos que del respeto al sistema normativo.¹

Se erige en el diseño del procedimiento constitucional un trasplante² jurídico en Colombia, parte de un esquema reglado parte de la Carta

¹ Jiménez, Milton, *El Constitucionalismo procesal débil*, Editorial Tirant lo Blanc, 2021, p. 119.

² Véase Maldonado, Daniel, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre, 2009, p. 20. "El modelo pragmático considera que los trasplantes jurídicos son herramientas para solucionar problemas concretos. El agente importador escoge o el agente exportador impone un conjunto de normas o instituciones porque en otros contextos enfrentaron con éxito retos análogos a los que ahora se enfrentan. Los trasplantes son entonces interpretados por quienes defienden este modelo como medios que permiten alcanzar un fin determinado, hacer más eficiente la administración de justicia, alcanzar el equilibrio macroeconómico o fortalecer el Estado de Derecho".

Magna de 1991 en donde se demarca desde una parte genérica en la perspectiva de la validez del derecho mediante el principio de la supremacía constitucional descrito en el artículo 4, e igualmente en sus respectivas competencias en el artículo 241 y se refuerza en la doctrina constitucional mediante su precedente vinculante, el artículo 243.

En este sentido, parte en que el ordenamiento jurídico colombiano, no sólo se contenta con el tribunal austriaco de origen kelseniano, sino a su vez crea una serie de herramientas jurídicas en la misión fundacional de ejercer como órgano en la protección del sistema de la validez del derecho, mediante un control riguroso, sea de oficio o de parte que se ejerce en el proceso, pero se materializa en la tipología de la sentencia constitucional.

El tinte de novedad en Colombia que separa al nacimiento del control constitucional europeo es el papel del guardián constitucional en una competencia ciudadana que deviene en la Constitución de Cundinamarca de 1811, en el título 1, "De la forma de gobierno y sus bases", artículo 9,³ posteriormente denominada como la acción pública de inconstitucionalidad. Ésta desempeña un papel doble en la protección de la Constitución y como un derecho político en proclive a la depuración de normas (forma-fondo).

Esta acción puede definirse como el derecho político que tienen los ciudadanos, para acudir ante la Corte Constitucional y demandar un acto reformativo de la Constitución, una ley o un decreto con fuerza de ley, cuando se considera que vulnera la Carta. En los países andinos las constituciones son textos muy débiles, de vida muy breve se modifican

³ Entiéndase

Habrá un Senado de Censura y Protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.

con frecuencia, razón por la cual necesitan ser defendidos, por lo que se brindan a los ciudadanos, en el caso colombiano, la oportunidad de defender la Constitución por medio de esta acción pública.⁴

La acción pública de inconstitucionalidad ha permitido una incursión directa por parte de los ciudadanos en las decisiones de la Corte Constitucional trayendo consigo un dinamismo en la sentencia constitucional desde los primeros años de nacimiento del organismo, por ejemplo, la tutela contra la providencia judicial que generó un revuelo en el campo del derecho procesal en la sentencia C-543 de 1992 del M.P. José Gregorio Hernández Galindo, ante lo cual permitió remediar en una acción los errores o el despotismo de las decisiones judiciales, esto se coadyuva con la tesis:

De manera que ha sido por la vía de la acción pública de constitucionalidad, y no solo por el mecanismo de tutela, que en Colombia la apertura de la puerta de los tribunales a la población tendió a traducirse, de modo inmediato, en un aumento extraordinario del litigio social, y en una serie de decisiones también inéditas en la materia –con jueces participando activamente en la puesta en marcha de los derechos sociales que antes se negaban a reconocer siquiera.⁵

Otra herramienta no menos importante, pero igual de efectiva es la acción de tutela en el amparo de los derechos fundamentales, aunque es un trasplante jurídico atípico del modelo mexicano de la Constitución de Yucatán de 1841, artículo 62, de la Constitución de Querétaro de 1917, artículo 107, y de la Constitución de España de 1978, artículo 53, numeral 2, ha tenido en los países latinoamericanos una recepción que ha permitido una mutabilidad de ser una acción a ser el escudo en contra de los indefensos de las arbitrariedades de las instituciones estatales

⁴ Quinche, Manuel, *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Temis, 6a. ed., 2020, p. 318.

⁵ R. Roa, Jorge, "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", *Revista Derecho del Estado*. 2021. DOI: «<https://doi.org/10.18601/01229893.n49.04>».

o particulares que prestan funciones públicas, además de la creación de hermenéuticas constitucionales por parte de los jueces y una constante herramienta dialógica que se concretizan en la sentencia constitucional. Ergo, es preciso decir que la acción de tutela es un proceso en donde:

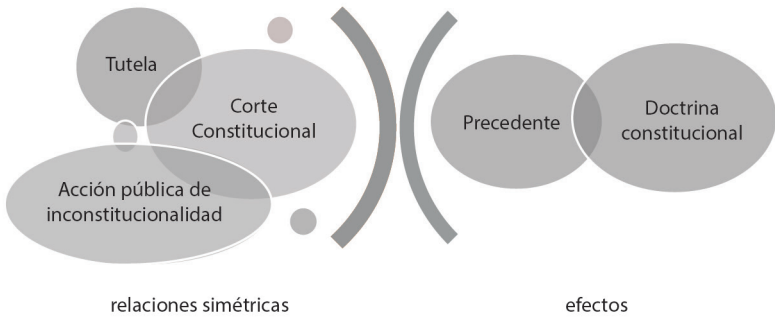
[...] se le otorga al juez amplias facultades y poderes, que en algunos casos se consideran deberes, para modular el procedimiento a la forma más adecuada para alcanzar sus fines. El carácter preferente y sumario que ostenta la acción de tutela le otorga al juez un papel protagónico en la estructuración y desarrollo del procedimiento a seguir para la resolución del caso concreto sin que se encuentre atado a estructuras rígidas y trámites estrictamente regulados por la ley preestablecida.⁶

Es decir, no sólo cuenta con amplias facultades sino ha traído como consecuencia directa la inclusión de principios vectores de interpretación entre los que se destaca el núcleo esencial de los derechos fundamentales como en las sentencias T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz o T-165 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa o el derecho viviente en la Aclaración de voto Rodrigo Uprimny Yepes en la sentencia T-836 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, etc.

Del corolario, refuerzan la idea de una relación simétrica entre órgano y acciones constitucionales (publica de inconstitucionalidad-tutela) que mediante sus procedimientos crean un efecto inmediato en dos sentidos: i) el precedente vinculante y ii) la doctrina constitucional. Esto da como consecuencia un camino de seguimiento a los órganos jurisdiccionales como a las autoridades públicas que pone de relieve un deber de atención en la creación de los derechos de la jurisprudencia emitida y, por otro lado, crea una cortina de hierro a favor del ciudadano, siendo por así decirlo una democracia deliberativa en el litigio constitucional.

⁶ Valenzuela, Camilo, *Aspectos procesales de la acción de tutela*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 24.

Gráfico 1



Fuente: Elaboración propia de los autores

Esto no se daría sin el requisito *sine quanon* del papel en la sentencia constitucional:

por lo que se refiere a la sentencia constitucional propiamente dicha, lo que le distingue de cualquier otra resolución es la cuestión controvertida, pues normalmente se refiere a la aplicación o interpretación de una norma de ese carácter-Litis constitucional en virtud de que el juez constitucional aplica en forma directa la Constitución.⁷

En el proceso contencioso constitucional, la sentencia no sólo es resultado de estimar o desestimar las pretensiones, ya sea en la acción pública de inconstitucionalidad o en sede de tutela. El órgano concentrado se comporta como un juez legislador positivo, tanto en las reglas de procedimiento como en la interpretación del caso en concreto, piénsese: la valoración de la prueba, la inmediación del juez en el proceso y el efecto del fallo, son temas que aunque ponderan derechos, muchas veces se comportan como temas vertiginosos. Al deducir posturas críticas, es necesario mencionar por lo menos las sentencias exhortativas, solicitando

⁷ Montoya, Víctor, *Las sentencias intrínsecamente inconstitucionales*, En proceso y Constitución Editores. 2014, p. 292.

dictar una regla a las diferentes entidades públicas, esto genera como consecuencia irrumpir en el principio de colaboración armónica.

A pesar de las diferentes posturas, la sentencia constitucional es un efecto dinamizador de las competencias de los tribunales constitucionales. No se agota en reconocer un derecho sino en establecer pautas interpretativas que se representan en la tipología de la sentencia constitucional en la modulación del fallo.

C. Tipología de la sentencia constitucional

En América Latina, y con mayor precisión en Colombia, a partir de la expedición de la Carta Magna de 1991 se han traspasado las fronteras absolutas de una confianza del legislador a un amor casi irracional al juez en cuanto desarrolla sus puntos interpretativos en una hermenéutica constitucional en los diferentes casos. Sus fallos parecieran el mensaje de Dios a su pueblo, recordando así las palabras del Juez Oliver Wendell Holmes de la Suprema Corte de Estados Unidos: "Yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto: nada más y nada menos"⁸ o "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra", conocida expresión del Juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, de 1953 (344 U. S. 443, 540)".⁹

En efecto, desde una visión formalista del positivismo metodológico y una posición escéptica y hasta cierta forma pesimista de las interpretaciones judiciales, las decisiones de la Corte Constitucional no tienen en Colombia mayores posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno. La única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el extraño procedimiento de

⁸ Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 2.

⁹ Mora, Gabriel, "El drama y gloria de la interpretación constitucional", *Derecho y Ciencias Políticas*, Revista Pontificia Universidad Bolívar, Colombia, julio-diciembre de 2014. Disponible en: «http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862014000200005#nu3».

nulidad del fallo constitucional, el cual nunca ha prosperado. Así, una vez expedido el fallo, si no es de nuestro gusto, debemos quejarnos ante "el mono de la pila".¹⁰

Aun así, con el fin de conjurar una mirada externa o interna del fallo constitucional, se ventilan las siguientes dudas metódicas. ¿Cómo la Corte Constitucional de Colombia modula sus decisiones en sede de la acción de tutela y la acción pública de inconstitucionalidad? ¿La tipología de las sentencias constitucionales está acorde con el principio de colaboración de los poderes públicos?

Con el fin de ejercer una metodología deductiva y dar respuesta a las preguntas planteadas, se seguirá este camino, i) modulación tradicional (estimatorias [inexequibilidad, nulidad] desestimatorias-persona); ii) modulación que afectan el contenido (manipulativas-interpretativas o condicionales); iii) modulación a su intención (interpretación conforme-admiten inconstitucionalidad-integran un vacío constitucional-interpretan al texto cuestionado-sustitutivas-denegatorias-exhortativas); iv) modulación efecto temporal (constitucionalidad diferida-retroactiva-inconstitucionalidad sobreviniente); v) modulación del derecho de los jueces (fundadoras de línea-hito-confirmadoras de principio-jurisprudencia pop); vi) otros modelos (omisión legislativa-reemplazo-argumentación de daño antijurídico-dialógicas).

I. Modulación tradicional (estimatorias [inexequibilidad, nulidad] desestimatorias-persona)

En el espíritu clásico desde la Constitución de Austria del 1 de octubre de 1920, capítulo VI, artículos 137 a 148, la Ley Federal del Tribunal Constitucional, la Constitución de Checoslovaquia de 1920, la Constitución española de 1931 (artículo 122) y la Ley Orgánica del 14 de junio

¹⁰ Olano, Hernán, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2004, p. 6.

de 1933, tienen la misión de ejercer el control constitucional frente a la vulneración política con efectos estimatorios o desestimatorios a la validez del ordenamiento, aun así sus efectos sólo son simples derogatorios "la sentencia emitida por el tribunal constitucional no tiene efectos retro-activos; las leyes impugnadas por inconstitucionales se plantean directamente ante el tribunal constitucional mediante sentencia que tiene efectos *erga omnes*, no *inter partes*, o sea, como afirma Vanossi: para todos y para siempre".¹¹

Ésta irradia en el desarrollo normativo colombiano, en dos enunciados propios de fácil manejo: *Exequible* o *Inexequible*; aun así, se habla en igual sentido de *Nulidad*. Este último es un criterio orgánico funcional y residual que corresponde a la sede contenciosa administrativa, es decir, los actos que no estén asignados al guardián de la Constitución corresponden al Consejo de Estado, artículo 2 de la Constitución nacional y artículo 135, Ley 1437 de 2011.

Los efectos personales se determinan *erga omnes*, *inter partes*, y/o *intercomunis*.

- a. *Erga omnes*: En la acción pública de inconstitucionalidad, cuando el fallo es estimatorio de las pretensiones del accionante o de oficio, y la Corte Constitucional encuentra que la ley viola la norma primigenia, por lo que es expulsada del orden jurídico en cuanto las razones de hecho o derecho, constando todos sus efectos que ya no son válidos e inexistentes, frente a todas las autoridades o particulares.
- b. *Inter partes*: En materia de la acción de tutela, los efectos del fallo "tienen efectos *interpartes*, es decir el amparo y la orden de pro-

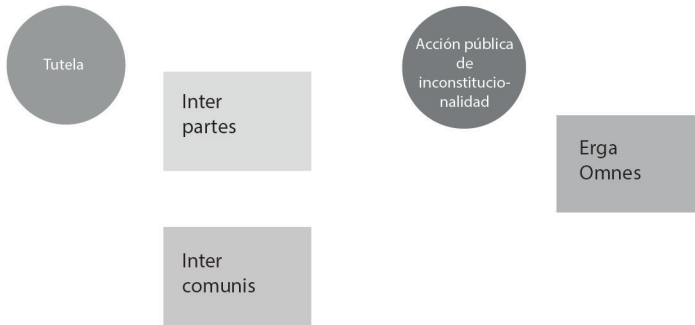
¹¹ Palomino, José, *El tribunal de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2017, p. 654.

tección sólo comprenden a la parte accionante y la accionada en el amparo".¹²

- c. *Inter comunis*: Es una extensión de la modulación en la sentencia de tutela. Aunque sean parte de la relación jurídica del asunto constitucional, tienen similitud en las razones de hecho y derecho que llevan a cobijar el principio vector de interpretación:

[...] hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto al derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de los derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a los de aquél frente a la autoridad particular o del accionado.¹³

Gráfico 2



Fuente: Elaboración de los autores

Estos efectos de los procedimientos contenciosos constitucionales recaen en cuanto a los intervinientes directos o indirectos que permiten

¹² Quinche, Manuel, *La acción de tutela*, Editorial Temis, 2015, p. 118.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-1023*. M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2021.

ahondar en un derecho dúctil, en el que flexibilizan la norma jurídica al tenor de los derechos fundamentales de los ciudadanos y con un énfasis en la protección en dos sentidos: a) concreto, da una respuesta a la solicitud del derecho de acción (tutela-pública de inconstitucionalidad) sea aceptando o denegando; y b) abstracto, sirve de precedente a casos análogos o futuros, da entonces certidumbre para jueces, entidades y particulares en tener un punto de reflexión y atención con carácter de estricto cumplimiento.

II. Modulación que afecta el contenido (manipulativas-interpretativas o condicionales)

En una perspectiva jurídica es necesario definir que una modulación de un fallo por sentencia *manipulativa* "es decir, a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser 'manipulada', puede ser entendida conforme a la Constitución. Teóricamente, esa posibilidad del Tribunal Constitucional de 'manipular' la ley parte de la distinción entre 'disposición' y 'norma', propia de la Teoría General del Derecho. Así, mientras que por 'disposición' debe entenderse al enunciado lingüístico de un precepto legal, esto es, las letras y frases que integran un dispositivo legal; por 'norma', en cambio, se entiende el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado lingüístico se puedan derivar. Evidentemente, el Tribunal Constitucional no manipula la disposición, que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula son los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer".¹⁴

El típico ejemplo que se toma de esta modulación de fallo dentro del típico constitucional es la sentencia C-014 de 2004 M.P. Jaime Córdoba

¹⁴ Palomino, José, *La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú*, Memorias II. Encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 2004, CD-ROM.

Triviño. Pese a la declaratoria de *exequibilidad* de la norma jurídica, dispone un enunciado lingüístico la facultad revocatoria directa del fallo disciplinario absolutorio por parte de la víctima cuando sufre un daño en materia de derechos humanos o derecho internacional humanitario, para que se reconozcan y realicen sus derechos al esclarecimiento y conocimiento de la verdad y a la realización de la justicia disciplinaria.

Las modulaciones del fallo *interpretativas o condicionales* se dictan con el fin de declarar su constitucionalidad de la norma legal, pero manteniendo una condición dictada, sus puntos argumentativos deben ser claros, expresos y contundentes. Aun así, la Corte Constitucional dicta los principios vectores de interpretación con el fin de que se aplique esta modulación.

- "a) Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe limitarse la Corte a establecer la exequibilidad de la disposición controlada.
- b) Si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico.
- c) Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta, pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente.
- d) Así, es posible que una norma legal pueda ser interpretada de diversas maneras y que cada una de tales interpretaciones individualmente considerada no viole la Constitución. Cuando esas interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas sino interpretaciones alternativas sobre el sentido de una disposición legal, la escogencia entre las diversas hermenéuticas posibles deja de ser un asunto legal y adquiere relevancia constitucional, por-

que afecta principios y valores contenidos en la Carta. Debe entonces excluir las interpretaciones que sean manifiestamente irrazonables o que no respeten el principio de favorabilidad".¹⁵

Del corolario, se puede citar de ejemplo un espinoso y a la vez novedoso tema que ha desarrollado el *stare decisis* en el órgano del jurista austriaco en Colombia: el aborto mediante sentencias C-355 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas que mantiene el tipo penal, pero que bajo tres condiciones se puede efectuar: (i) embarazo peligroso para la vida o salud de la mujer; (ii) grave malformación del feto que lo haga inviable, o (iii) que el embarazo se produzca por acceso carnal abusivo o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado, no consentidos, o de incesto, pero su *holding* avanzó en la sentencia C-055 del 2022 M.P. Antonio José Lizarazo y Alberto Rojas Ríos, por lo que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) puede hacerse hasta las 24 semanas sin aducir causal específica y durante toda la gestación comprobando alguna de las tres causales indicadas.

III. Modulación a su intención (interpretación conforme-admiten inconstitucionalidad-integran un vacío constitucional-interpretan al texto cuestionado- sustitutivas- denegatorias- exhortativas)

Esta subdivisión de tipología de sentencia constitucional es precautelativa. La Corte Constitucional con el fin de evitar un daño irremediable por una omisión legislativa del Congreso de la República coadyuva a integrar al texto constitucional el siguiente fragmento: "De suyo, es posible que la deficiencia técnica o legislativa obligue a tareas de integración donde se cubran los vacíos legislativos; o bien, se disponga una comprensión del texto a modo de sentencia creadora de las omisiones que generen la inconstitucionalidad por ausencia del texto expreso necesario".¹⁶

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496. M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1994.

¹⁶ Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, p. 147.

En este sentido se ha permitido un desarrollo hermenéutico en la técnica del ejercicio constitucional, con el fin de aclarar las dudas en la técnica legislativa, ya sea que por vía de acción u omisión crean vacíos jurídicos. Esto permite en el juez constitucional colegir en un juez Heracles para conjurar la crisis normativa, clasificándose así:

Gráfico 3.



- a. Sentencias que admiten una inconstitucionalidad: En el aspecto del control constitucional es el más fácil en deducir a saber, a razón de que la Corte encuentra deducciones de hecho o derecho para declarar inexecutable el precepto legal, piénsese en que la sentencia C-082 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz tuvo como énfasis en demandar la doble sanción jurídica al adulterio de la

- mujer; en materia de probarse, sería nulo su matrimonio, dibujando un trato discriminatorio, al ser esta norma sólo aplicable al género femenino, lo que conlleva una vulneración explícita del derecho a la igualdad.
- b. Sentencias que integran un vacío constitucional: Cabe mencionar, son aquellas que por incuria del legislador no regulan o se abstienen de hacerlo, y por consecuencia violentan la Constitución Política. Se toma como ejemplo la sentencia C-233 del 2021 M.P. Diana Fajardo Rivera, en la que se estudia el derecho a morir dignamente y no se requiere una enfermedad terminal con el fin de acceder a este derecho, ergo se establecieron unos principios vectores de interpretación: i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o síquico proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.
- c. Sentencias que interpretan el texto cuestionado: Esta tipología de sentencia constitucional sobreviene una interpretación del texto constitucional, en donde bajo una glosa dualista revisa la norma jurídica y el texto legal, para encontrar una respuesta acorde a la teoría de reglas y principios descritos en la Carta Magna. En este sentido, no la declara inexecutable, sino la ajusta. Piénsese en la sentencia C-068 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la que se expresa la inexecutable de la norma jurídica sobre la nulidad generada en la compraventa entre cónyuges no divorciados, el padre y el hijo de familia. El juez constitucional toma como punto en el decisisum el principio de buena fe que se predica como mandato irradiador en materia civil y los contratos. Si se predica la regla de la nulidad en la norma legal, parte de una tesis contraria de mala fe, y esto es irrazonable ergo que lleva a la Corte a expulsarlo del ordenamiento.
- d. Sustitutivas: La modulación de una sentencia sustitutiva es una declaratoria de inexecutable parcial. El tribunal concentrado de constitucionalidad le da un sentido a la norma legal, es decir,

reemplazándolo o integrándolo analizó un caso que nos atañe y es el de la sentencia C-113 de 1993, que revisó el decreto 2067 de 1991 ("mini-código" del procedimiento ante la Corte Constitucional), por medio de la cual esta Alta Corporación "declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. La Corte Constitucional, en la sentencia citada, fuera de declarar inconstitucional el artículo referido, ya que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, determinando, además que, conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos".¹⁷

- e. Denegatorias: Es el efecto de la Corte Constitucional que no acepta los cargos de inconstitucionalidad o de tutela (forma-fondo), impetrados por los accionantes del procedimiento constitucional.
- f. Exhortativas: El Tribunal de constitucionalidad invita a los poderes públicos (legislativo-ejecutivo) a que regulen un tema jurídico, a razón de la declaratoria de inexequibilidad o exequibilidad condicionada. En esto se puede tomar como ejemplo la sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Mendoza Martelo, en la que invitó al Congreso a definir el matrimonio igualitario para parejas del mismo sexo, so pena de autorizar por vía judicial o notarial.

IV. Modulación efecto temporal (constitucionalidad diferida-retroactiva-inconstitucionalidad sobreviniente)

Los efectos temporales que produce una decisión de la Corte Constitucional son hacia el futuro (*in futurum*). Luego, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por parte del tribunal constitucional tiene

¹⁷ Olano, Hernán, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, Editorial Universidad Pontificia Javeriana, 2004, p. 11.

efectos en las situaciones jurídicas posteriores a la notificación de la providencia y a la declaratoria de inexecutable de la norma. De esta manera, no modifica situaciones jurídicas anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad, esto con el ánimo de no crear espacios de inseguridad jurídica durante la vigencia de la norma. Así, la modulación efecto temporal refiere a la eficacia del tiempo de la sentencia emitida por la Corte Constitucional colombiana, donde el efecto de la providencia proferida y notificada se aplicará hacia adelante en el tiempo.

No obstante, la regla general anterior tiene varias excepciones que se manifiestan en las decisiones proferidas por el Alto Tribunal. La Corte Constitucional advierte que la remoción de una norma mediante la declaratoria de inconstitucionalidad puede llegar a generar peores consecuencias que la misma vigencia de la norma. En palabras del Alto Tribunal, "resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales".¹⁸ Más allá de una tarea de remoción de disposiciones normativas por parte de la Corte Constitucional, su labor comprende verificar el estadio jurídico posterior a la expulsión de una norma y su impacto al clausulado constitucional, en aras de advertir situaciones más gravosas que los efectos que genera la norma acusada.

Así pues, téngase por ejemplo la sentencia de constitucionalidad C-858 de 2006,¹⁹ en la cual un ciudadano demanda los artículos 9, 10 y 13 del Decreto 1295 de 1994, con fundamento en una extralimitación de las funciones del Presidente de la República de Colombia en el Sistema General de Riesgos Profesionales. Como resultado de la demanda, el Alto Tribunal da la razón al accionante, teniéndose por inconstitucionales las normas estudiadas. Sin embargo, su decisión final fue diferir los efectos constitucionales de su providencia, para dar un plazo prudencial

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-221*, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1997.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-858*, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2006.

al órgano legislativo colombiano a fin de la expedición de una ley que definiera los aspectos que fueron declarados inexequibles.

De ahí que la implementación de la regla general de aplicar los efectos de la providencia sólo hacia el futuro luego de su notificación sea exceptuada ante eventos que pueden hacer más gravosa la situación inconstitucional que se presenta en la vigencia de una norma demandada en sede del juez constitucional. Por tanto, el estudio del Alto Tribunal, además de la disposición acusada, debe concentrarse en los efectos que deben darse a la sentencia que se profiere, a fin de evitar posteriores eventos jurídicos con efectos inconstitucionales.

En vista de que la modulación efecto temporal contiene excepciones a la regla generalizada que predica efectos futuros de la sentencia, pueden clasificarse dentro de la presente modulación los siguientes efectos, a saber: i) constitucionalidad diferida; ii) retroactiva, y iii) inconstitucionalidad sobreviniente.

- a. Constitucionalidad diferida: El tribunal constitucional recurre al presente efecto frente a eventos donde la inconstitucionalidad de la norma deriva en un vacío normativo. El juez constitucional, en el caso expuesto, no retira de manera inmediata la norma inconstitucional, sino que la mantiene vigente, con el fin de otorgar un plazo prudencial al legislador para que resuelva la estabilidad del ámbito al que se refiera la ley.
- b. Retroactiva: Es la excepción más opuesta a la regla general de modulación temporal. Aquí, los efectos temporales en forma retroactiva (*ex tunc*) versan sobre efectos a situaciones jurídicas anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, es decir, la providencia proferida tiene efectos hacia atrás en el tiempo. La Corte Constitucional colombiana²⁰ ha manifestado que los efectos retroactivos tienen fundamento en el principio de supre-

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-619*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2003.

macía constitucional. Entonces, ante las normas afectadas en su validez, es plausible manifestar la nulidad de éstas junto con las consecuencias derivadas del enunciado normativo expulsado; todo ello, en el marco de la competencia que el Alto Tribunal Constitucional tiene en su facultad de determinar la modulación temporal de sus providencias.

Véase como ejemplo la sentencia C-149 de 1993,²¹ en la que la Corte coligió la inconstitucionalidad de un impuesto. Ante el pago de varios contribuyentes, la Corte profirió una providencia con efectos retroactivos, teniéndose la devolución del dinero por concepto del gravamen declarado inexecutable. De manera similar, en casos de gravámenes e impuestos, la Corte Constitucional ha proferido diversas providencias de carácter retroactivo, con el fin de anular la validez de dicha normatividad, no sólo en su enunciado, sino en las consecuencias jurídicas que llegó a producir.

- c. Inconstitucionalidad sobreviniente: Este efecto deroga de manera tácita las normas declaradas inconstitucionales. El uso de este efecto se circunscribe a casos especiales cuando se produce un cambio de Constitución Política o en casos de reformas constitucionales. En ese contexto, las normas que antes del nuevo orden supremo eran constitucionales entran en flagrante contradicción con el nuevo texto supremo o con la reforma constitucional realizada. Ante estos eventos, la Ley 153 de 1887²² afirma que "la Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente". Lo antedicho implica la derogatoria tácita de la norma anterior a la vigencia de la nueva Carta Fundamental. Esta circunstancia exime a la Corte Constitucional de pronunciarse sobre la declaratoria de inconstitucionalidad.²³ Sin embargo, habrá que

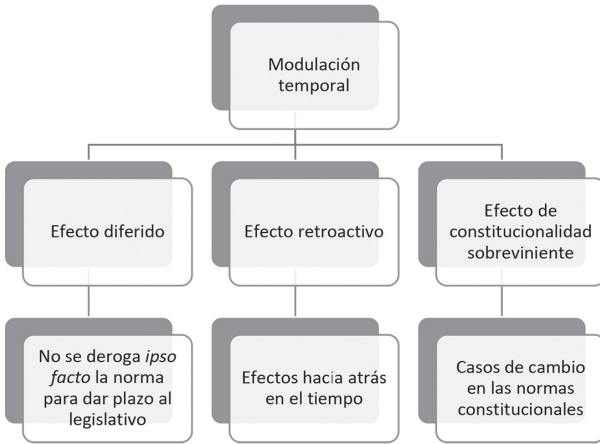
²¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-149*, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1993.

²² Congreso de la República de Colombia, *Consejo Nacional Legislativo*, ley 153, 1887.

²³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-681*, M.P. Ligia Galvis Ortiz, 2003.

realizar un análisis juicioso de la norma contraria a los nuevos preceptos de orden constitucional, lo cual compete intrínsecamente al Alto Tribunal Constitucional. Luego entonces, se tiene como ejemplo la sentencia C-155 de 1999, en la que se declara la inconstitucionalidad sobreviniente de una ley anterior a la Constitución Política colombiana de 1991. Lo anterior demuestra la necesidad de examinar las normas contrarias al nuevo orden supremo para declarar, con plena autoridad, su inconstitucionalidad.

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia de los autores

Ahora bien, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha decantado ciertos criterios para determinar cómo modular los efectos de sus sentencias de forma temporal. Sobre el particular y para variar la forma de modulación, ya sea de manera diferida, retroactiva o sobreviniente, el Alto Tribunal debe evaluar dos exámenes: el nivel de gravedad y el análisis consecuencialista.

En primera instancia, la norma acusada debe ser analizada a la luz de la gravedad de la infracción constitucional. Para ello, el Tribunal clasificó

la gravedad en leve, moderada o alta; así pues, entre mayor gravedad, mayor necesidad de aplicar efectos retroactivos; entre menor gravedad, mayor posibilidad de aplicar efectos hacia el futuro. En palabras del Tribunal, "entre mayor sea la gravedad y mayor sea la notoriedad de la violación del ordenamiento superior, el juez constitucional es más reticente a permitir la aplicación de la norma o a validar su aplicación pasada".²⁴

En segunda instancia, y luego de haber determinado la gravedad de la infracción constitucional, se realiza un análisis consecuencialista,²⁵ que consiste en realizar un estudio del contexto posterior cuando la norma acusada es sustraída del ordenamiento jurídico. En ese contexto, se valoran las consecuencias positivas y negativas en caso de modular temporalmente de manera diferida, a futuro o retroactiva.

El examen del Alto Tribunal determina en forma objetiva y racional el impacto de mantener la vigencia de la norma enjuiciada. Así, la elección de escoger un efecto diferido o retroactivo que conlleve a alargar la vigencia de la norma inconstitucional debe justificar el porqué de mantener una disposición contraria al ordenamiento superior, o estudiar en debida forma por parte del Tribunal, en los casos de retroactividad, los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, para perdurar su vigencia. En todo caso, el estudio del Alto Tribunal constitucional será *in extenso* y no limitado a sólo remover un enunciado normativo del ordenamiento jurídico.

En síntesis, la Corte Constitucional posee la facultad de modular los efectos temporales requeridos en cada caso para configurar la decisión judicial en sus efectos de forma, ya sea futura, retroactiva o diferida. La modulación será determinada en el marco de la competencia de la Corte Constitucional colombiana, bajo criterios racionales que se ejecuten en función de la mayor eficacia de la Constitución Política. En ese

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-280*, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2014.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-037*, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2019.

tenor, el Alto Tribunal debe valorar las consecuencias de remoción de una cláusula normativa determinada, e identificar el impacto que tendrá en el ordenamiento jurídico superior, teniéndose así que el estudio de constitucionalidad no sólo se limita a declarar la correspondencia de una norma enjuiciada con la Constitución, sino en determinar de manera correcta la modulación, con el fin de evitar daños aún mayores, de llegarse a derogar *ipso facto* la norma revisada.

V. Modulación del derecho de los jueces (fundadoras de línea -hito- confirmadoras de principio-jurisprudencia pop)

Se tiene entonces que la Corte Constitucional acoge diferentes perspectivas de modulación sobre sus sentencias a fin de preservar el orden constitucional y el orden marco.²⁶ De esta manera, la doctrina ha aportado valiosas clasificaciones que el mismo Tribunal Constitucional ha acogido. Unos de estos aportes es el del doctrinante Diego López, quien clasificó los efectos en su reconocido libro *El derecho de los jueces*,²⁷ texto que aporta una valiosa clasificación que imprime en los efectos de las sentencias un orden clasificatorio y de importancia en el precedente jurisprudencial en Colombia.

En ese contexto, el doctrinante explica una metodología de línea jurisprudencial aplicable al caso colombiano, con el fin de estudiar las decisiones y los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes del país, bajo un esquema organizado que deriva en su origen de una pregunta problema de investigación bien delimitada en el espectro jurídico. Para ello, realiza una clasificación de las sentencias proferidas para fijar los efectos que imprimen en el precedente judicial, a saber:

²⁶ Olano, Hernán, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, Editorial Universidad Pontificia Javeriana, 2004, p. 11.

²⁷ López, Diego, *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, 2001.

- a. Fundadoras de línea: Su referencia se ve inmersa en la primera providencia que versa sobre un ámbito jurídico específico. En Colombia, referente al Alto Tribunal Constitucional, refiere a las primeras sentencias en los orígenes de la Corte a través de los mecanismos de control constitucional. Luego entonces, su modulación se expresa en las primeras sentencias sobre el particular, teniéndose el primer precedente sobre la regulación del tema versado por la providencia, hecho que debe contrastarse con las sentencias posteriores emitidas sobre el particular.
- b. Hito: Las sentencias hito tienen un peso fundamental en el tema jurídico sobre el cual versa, lo que la convierte en una providencia central sobre el ámbito en el que se pronuncia. Así, su pretensión respecto a la modulación es convertirse en una providencia de autoridad en la toma de decisiones subsiguientes a su vigencia. Es decir, sus efectos son irradiadores en su *ratio decidendi* para toda la administración de justicia. En palabras de Diego López:

Las sentencias hito son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea.²⁸

Así, estas sentencias tienen gran relevancia en el balance constitucional colombiano, con un peso estructural determinante. Este hecho determina la modulación de la Corte Constitucional de manera interna al emitir posteriores decisiones en línea con sus reglas precedidas en su jurisprudencia y, en forma externa, al revestir de obligatorias las subreglas emitidas por parte de las sentencias hito en el ordenamiento jurídico.

- c. Confirmadoras de principio: Las presentes sentencias siguen la sombra decisional de la sentencia hito, conservan sin modificación la subregla jurisprudencial, es decir, la tesis que decide casos simi-

²⁸ López, Diego, *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, 2001.

lares, no sólo en contenido fáctico, sino en su análisis jurídico. Los efectos irradiadores de este tipo de sentencias se manifiestan en el fortalecimiento del precedente judicial y consecuentemente en su autoridad y vinculatoriedad en las decisiones posteriores del Tribunal Constitucional.

Por tanto, la reiteración *in extenso* de las subreglas jurisprudenciales determinan su fuerza vinculante y por ende su autoridad en el tema en particular. Esta circunstancia es la que imprime la modulación intrínseca en la obligatoriedad de toma de decisiones por parte de la Alta Corporación Constitucional, puesto que su misma jurisprudencia vincula a la Corte en posteriores decisiones judiciales.

- d. Jurisprudencia POP: El doctrinante Diego López implementó esta nueva clasificación para revestir de obligatoriedad las conclusiones dialécticas que tienen amplia influencia en la práctica del derecho. En ese contexto, la finalidad del doctrinante es una unificación de las ideas más preponderantes de la cultura jurídica latinoamericana para elevarlas a nivel de jurisprudencia en la práctica del abogado. Su cometido se planifica en tres estadios. Así, en primera instancia, identificar teorías jurídicas preponderantes con un criterio de ubicación por países, en los cuales se tengan sólidas propuestas jurídicas (Alemania, Italia, Estados Unidos, etc.). En un segundo estadio, debe observarse los países recepcionistas de las teorías jurídicas sólidas, puesto que estos países receptores transforman la teoría pura para apropiarla a sus formas del derecho, hecho que implica la transmutación de la teoría y su efectividad. Por último, en las prácticas más elaboradas del derecho que derivan de teorías jurídicas, las cuales ya son derecho y, por ende, deben ser declaradas como tal a través de la jurisprudencia, con un fin de reivindicar el *ius latinoamericano*.

En este sentido, la modulación en la jurisprudencia POP deriva de la práctica común de los participantes del discurso jurídico,²⁹

²⁹ Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Editorial Trotta, 2016.

hecho que se reproduce en las decisiones emitidas por parte de figuras administradoras de justicia y que, consecuentemente, se determinan en las decisiones jurídicas emitidas por parte de las altas cortes, tal como la Corte Constitucional colombiana.

VI. Otros modelos (omisión legislativa-error jurisdiccional argumentación de daño antijurídico [interpretaciones judiciales]-dialógicas)

En la perspectiva de la teoría política, se parte de la certeza en que el Congreso o los sistemas parlamentarios hacen la ley con una fundamentación imperativa de generalidad, abstracta e impersonal, y en el mandato de la Constitución establece sus pautas de creación. Pese a esto, el legislador no las crea o las hace de manera imperfecta. En tal sentido, los jueces son susceptibles de llenar estos vacíos jurídicos denominadas omisiones legislativas.

Se da la omisión cuando la Constitución defiere a la ley la reglamentación y la ley no se expide. Es decir, cuando se incumple una orden de legislar. Asimismo, el jurista Wessel en 1952 introdujo el tema de inconstitucionalidad por omisión legislativa en dos referentes: 1) Absoluta o Material: cuando hay ausencia total de norma secundaria o precepto constitucional que debiera ser desarrollado legislativamente; y 2) Relativa o Formal: cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleto o deficiente. Para explicar la omisión ilegal, es necesario identificar cómo ésta es predicable a ente o funcionario del Estado que implica el incumplimiento del dispositivo legal. Se trata de omisiones en la aplicación o ejecución de las leyes. Así, pueden incurrir en ellas los servidores públicos que pertenezcan a la rama administrativa o judicial.³⁰

³⁰ Garzón, Edgar, *La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica*, Dixi 20, 2014, p. 29. DOI: «<http://dx.doi.org/10.16925/di.v16i20.832>».

Un ejemplo se presenta cuando ciertas leyes requieren necesaria e inevitablemente un reglamento para su efectiva aplicación, y éste no es dictado por el Ejecutivo.³¹ Empero, el papel del juez constitucional en Colombia puede entrar a resolver o adentrarse en la omisión, definiendo con claridad si es absoluta o relativa y luego estableciendo los requisitos sustanciales como materiales de procedencia con el fin de advertir o prevenir una posible vulneración al principio de colaboración de los poderes públicos.

a) La omisión legislativa absoluta: En Colombia, la Corte Constitucional ha denegado la posibilidad de conocer una omisión legislativa absoluta:

"Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control"³² por carencia de objeto y control, y establece previos requisitos:

- (i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control,
- (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito,
- (iii) la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución,
- iv) la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya

³¹ *Idem.*

³² Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 543*, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996.

que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad.³³

Los principios vectores de interpretación en la Corte Constitucional dan una clara expresión en la imposibilidad de conocer o resolver el asunto, en el *petitum* el actor pretende una tipología de sentencia en la omisión legislativa absoluta.

b) La omisión legislativa relativa: El tribunal concentrado de constitucionalidad puede conocer la razón del déficit de protección constitucional del legislador que lo conmino la norma suprema y éste no lo realizó, por tanto, vulnera de manera flagrante el principio de igualdad. Esto da como consecuencia directa que el juez constitucional pueda emitir sentencia integradora tipo aditiva para velar la objetividad del ordenamiento jurídico, pero cumpliendo previos requisitos:

(a) Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo.

(b) Que exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Legislador que resulta omitido, por (i) los casos excluidos o (ii) por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma.

(c) Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente.

d) Que, en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma".³⁴

Lo anterior posibilita en las imperfecciones del legislador encontrar respuestas correctas en las omisiones legislativas relativas mediante las

³³ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 341*, M.P. Alberto Rojas Ríos, 2017.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 333*, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996.

decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, a fin de evitar yerros o interpretaciones de los demás jueces de la función del poder público.

1. Error jurisdiccional en la argumentación del daño antijurídico [interpretaciones judiciales]

Uno de los tópicos que se trastocan en el campo del derecho administrativo y constitucional es la responsabilidad de la administración de justicia. Ésta deviene de la fórmula del profesor Eduardo García de Enterría en el daño antijurídico descrito en la Constitución Española de 1978, artículo 106, numeral 2, que llegó a la Constitución Política de 1991 en el artículo 90, definido como:

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo [...] Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública [...].³⁵

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 333*, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996.

La responsabilidad de la administración de justicia contiene tres elementos estructurales: i) error jurisdiccional; ii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y iii) privación injusta de la libertad, que tienen una regulación expresa en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, artículos 67, 68 y 69.

El tema que interesa profundizar es el error jurisdiccional en la argumentación del daño antijurídico en las interpretaciones judiciales, en las diferentes equivocaciones de los jueces en la aplicación de la ley, así:

En cuanto a la existencia de una vía de hecho por interpretaciones judiciales, la Corte inicialmente rechazó la posibilidad, pero evolucionó por considerar en un primer momento que la tutela procede cuando la aplicación de la norma legal se basa en una interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable, y luego, asumió una postura más amplia, en tanto sostuvo que aunque la tutela no sea un mecanismo para controvertir ni sustituir las interpretaciones que los jueces hagan del ordenamiento jurídico, la acción de tutela es procedente cuando la interpretación de la ley por el juez ordinario contraviene los principios y valores constitucionales, derechos fundamentales o es contraevidente irracional.³⁶

De lo expuesto, se desprende que las interpretaciones amañadas, arbitrarias o caprichosas de los jueces en un caso concreto son susceptibles de ser revisadas por medio de la acción de tutela, por lo que se estableció una nueva tipología en cuanto la aplicabilidad de la decisión por parte de la Corte Constitucional, a fin de proteger los valores supremos y principios fundamentales que se presuponen del decoro judicial.

En estas condiciones, no puede sostenerse que la autonomía judicial equivalga a la libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho.

³⁶ Barreiro, Alberto, *La responsabilidad del Estado Colombiano por el error judicial de las altas cortes*, Editorial Ibáñez, 2019, p. 54.

Por el contrario, de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las Altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En la evolución jurisprudencial sobre la vía de hecho y el caso de la interpretación judicial, se observa que la Corte, de manera paulatina, ha construido una jurisprudencia que responde a los criterios antes señalados. De una postura inicial que rechazaba la posibilidad de la vía de hecho por interpretaciones judiciales, la Corte llegó a la conclusión provisional de que la tutela procede cuando la aplicación de la norma legal se basa en una "interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable."³⁷

Es necesario deducir que la Corte ha construido una línea jurisprudencial sólida, en cuanto a la tipología de controvertir interpretaciones judiciales que resulten contrarias a la Constitución mediante las sentencias T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1017 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-382 de 2001 Rodrigo Escobar Gil, T-1031 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Así, la sentencia de tutela sirve como prueba plena para recurrir en materia contenciosa administrativa en el medio de control de la acción de la reparación directa, mediante el título jurídico de imputación error jurisdiccional en la responsabilidad de la administración de justicia por medio del daño antijurídico.

Todo esto parece una bella invención de los hermanos Grimm, pero en todo cuento persiste la bella doncella dulce y noble, pero que tiene sentimientos ocultos en contra del personaje principal, que se puede reflejar en el texto mediante la siguiente duda metódica: ¿a las Altas Cortes

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1031*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 2001.

(Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Comisión Nacional de Disciplina Judicial) les es oponible el daño antijurídico en la responsabilidad de administración de justicia por el error jurisdiccional mediante la tipología de controvertir interpretaciones judiciales que resulten contrarias a la Constitución?

La tesis es un rotundo **NO**, puesto que es la misma Corte Constitucional en su competencia la que tiene la última instancia, incluso en sus decisiones proferidas. Véase, por ejemplo:

Quando se trata de juzgar los errores contenidos en las providencias proferidas por las altas cortes, la Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que son ellas mismas las competentes, por ser cúspide de la jurisdicción que cada una encabeza de acuerdo con los artículos 234, 241 y 257 de la Constitución. Así, estimó que a través de la jurisprudencia de las altas cortes se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables a los casos similares. Una vez agotados los procedimientos y recursos respectivos, las decisiones de las altas cortes "se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción",

en pro de la seguridad jurídica, otorgándole a los ciudadanos la certeza de que los procesos judiciales han culminado y no pueden ser posteriormente revividos.³⁸

Por consiguiente, las Altas Cortes han mantenido una postura cerrada en la imposibilidad de discutir su jurisprudencia o su decisión. Solamente de manera tímida el Consejo de Estado ha admitido en la sección tercera

³⁸ Castilla, Carolina, *La responsabilidad del Estado Juez en torno al derecho de los ciudadanos a la indemnidad*, Editorial Universidad del Rosario, 2017, p. 154.

una pretensión de corrección³⁹ de sus fallos mediante la teoría del control difuso de convencionalidad, y dialoga con los principios vectores de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Dialógicas

Las sentencias dialógicas jurisprudenciales parten de que la norma constitucional no es suficiente para una lectura en la resolución concreta y objetiva para sus casos prácticos. En este sentido, toman recapitulaciones conceptuales de órganos de cierre interno (Consejo Estado-Corte Suprema de Justicia) o externas de organismo supranacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos-Corte Internacional de Justicia-Corte Europea de Derechos Humanos-Tribunal de Justicia Andino de Naciones), con el fin de desarrollar una teoría completa y exprese un sentido argumentativo.

Las tipologías de sentencias dialógicas no se construyen como un principio de autoridad supranacional, ni como una norma sobresaliente. El diálogo que parte de su premisa hipotética es bidireccional, los órganos supranacionales pueden tomar las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos como su principio vector:

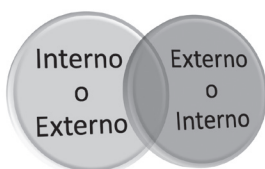
La confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia, a través de un proceso de argumentación, es lo que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial (*dialógica interpretatio*). De esta forma la jurisprudencia recibida produce una verdadera fertilización en la jurisprudencia del tribunal receptor (*cross fertilization*). El diálogo no consiste, por ello, en meras influencias unidireccionales de un Tribunal, sobre todo, sino en influencias razonadas

³⁹ Entiéndase "Pero hay dos rasgos que caracterizan la pretensión de corrección del derecho en todos los contextos: la primera es que incluye siempre una pretensión de justiciabilidad; y la segunda es que, como se expondrá luego, siempre se refiere —por lo menos también— a la corrección moral. De esta manera, al dictar un fallo o sentencia judicial no sólo se afirma que se ha seguido el derecho promulgado y eficaz, sino también que tampoco este derecho como su interpretación son moralmente correctos", Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Editorial Trotta, 2016, p 30.

y conscientes, en condiciones de convertirse incluso reciprocas y bidireccionales.⁴⁰

Luego la jurisprudencia (interna-externa o externa-interna) es fuente material de derecho, corroborando el papel de que el juez no es un mero espectador, sino un creador de derechos positivos en situaciones concretas.

Gráfico 5



Fuente: Elaboración de los autores

Por tanto, este diálogo ha llevado a consecuencias que pueden verse manifestadas de forma positiva:

El diálogo entre máximos tribunales jurisdiccionales internos ha conllevado a unas características del sistema jurídico: la consolidación del precedente, la dinamización de herramientas procesales constitucionales (declaración de inconstitucionalidad–amparo), la interrelación con jurisprudencias extranjeras (uso de jurisprudencias constitucionales comparadas) y la armonización del derecho (*ius-comune* latinoamericano). El derecho no es entendido como sólo la producción de las normas del Estado, sino a su vez, es un proceso dialógico global, en la esfera que la productividad de una norma internacional o adscrita puede ser interpretada o aplicada en un caso concreto (TTD) mediante un trasplante jurídico.⁴¹

⁴⁰ Ayala, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Porrúa. 2013, pp. 3-4.

⁴¹ Garzón, Edgar, *El Control judicial del acto discrecional en Colombia*, Editorial Tirant lo Blanc, 2020, p. 140.

En este sentido, la puesta en escena de la tipología de las sentencias dialógicas es establecer una metodología de interpretación, una nueva teoría que permite conceptualizar o hacer una lectura de los precedentes (interna-externa o externa-interna), que se clasifica en matriz de orden horizontal y matriz de orden vertical (extrínseca- intrínseca); es necesario mencionar que para la pauta del desarrollo se debe haber realizado en forma primigenia un buen análisis de una línea jurisprudencial ubicando la sentencia fundadora de línea, hito, confirmadora principio, reconceptualizadora y arquimédica.

i) matriz red dialógica horizontal: "la red dialógica de precedentes permite encontrar los puntos comunes de los principios vectores de interpretación, entre los órganos jurisdiccionales a través de las redes institucionales jurídicas",⁴² esto con el único objetivo de ejercer un ejercicio doctrinario, filosófico para establecer el pensamiento de la estructura jurisprudencial, en este sentido se puede clasificar en construcción temporal, aproximación conceptual y perfil psicosocial del precedente.

Gráfico 6

C.C	1995-2019	T.A		A.A	Parejo Alfonso, Luciano. Sánchez Morón, Miguel.	Influencia Conservadora = Positvismo metodológico
		T.N		A.F	Hobbes, Thomas. Kelsen, Hans.	
C.E	1995-2019	T.A		A.A	Parejo Alfonso, Luciano. Sánchez Morón, Miguel.	Influencia Conservadora = Positvismo metodológico
		T.N		A.F	Hobbes, Thomas. Kelsen, Hans.	
CT-IDH	2001-2017	T.A		A.A	García Nieto, Alejandro, Ramón Fernández, Thomas. García de Enterría, Eduardo.	Influencia progresista = garantista analítica (iuz-moralista)
		T.N		A.F	Kant, Immanuel. Rawls, John. Alexy, Robert.	

⁴² Ibidem, p. 209.

C.C	CORTE CONSTITUCIONAL	T.A	TESIS AFIRMATIVA
C.E	CONSEJO DE ESTADO	T.N	TESIS NEGATIVA
CT-IDH	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	★	SALVAMENTO DE VOTO
5	TESIS AFIRMATIVA DONDE SE MOTIVA EL ACTO	A.A	APROXIMACIÓN ADMINISTRATIVA
0	TESIS NEGATIVA DONDE NO SE MOTIVA EL ACTO	A.F	APROXIMACIÓN FILOSOFICA

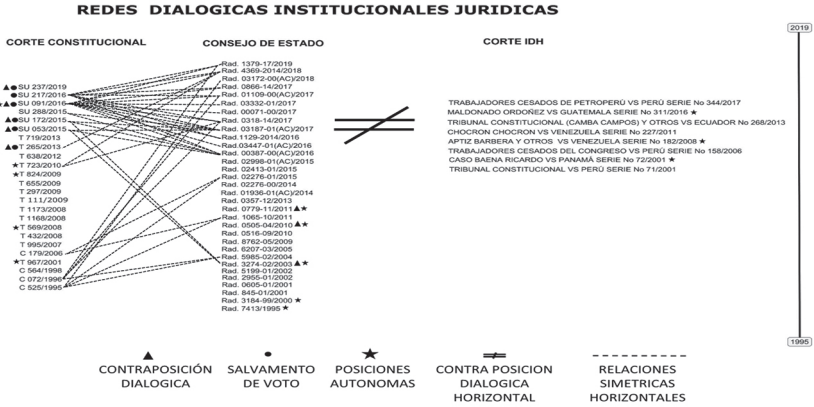
Nota: Tomado del control judicial al acto discrecional en Colombia, p. 208

Matriz red dialógica vertical: "La matriz vertical permite sustentar, visibilizar y comprender los tres diálogos (redes dialógicas horizontales intrínseca-contraposiciones dialógicas horizontales extrínseca-relaciones simétricas horizontales intrínseca-extrínseca), lo que conlleva a una comprensión sistemática y organizada de los precedentes que permite tener una visión global dentro del ejercicio de comparación en los precedentes jurídicos.

Para obtener la matriz vertical, se debe tener en cuenta el nivel de citación en las consideraciones de las sentencias, ubicando la fundadora de línea, hasta la arquimédica, en el desarrollo esquemático en cada sentencia. A nivel temporal se deben ubicar las sentencias, dentro del problema jurídico, que se citan dentro de otra sentencia de la misma jurisprudencia, la mayoría de las veces los órganos jurisdiccionales citan precedentes que no son del ejercicio hermenéutico o que resuelve el problema del investigador. Por tanto, se ubicarán en cada sentencia las jurisprudencias a nivel temporal para hacer una revisión de orden diacrónico (de la más antigua a la más reciente), lo que permitirá relacionar los temas comunes para el desarrollo de una teoría complementaria al problema jurídico, en un diálogo entre los organismos jurisprudenciales evaluados".⁴³

⁴³ *Ibidem*, p. 212.

Gráfico 7



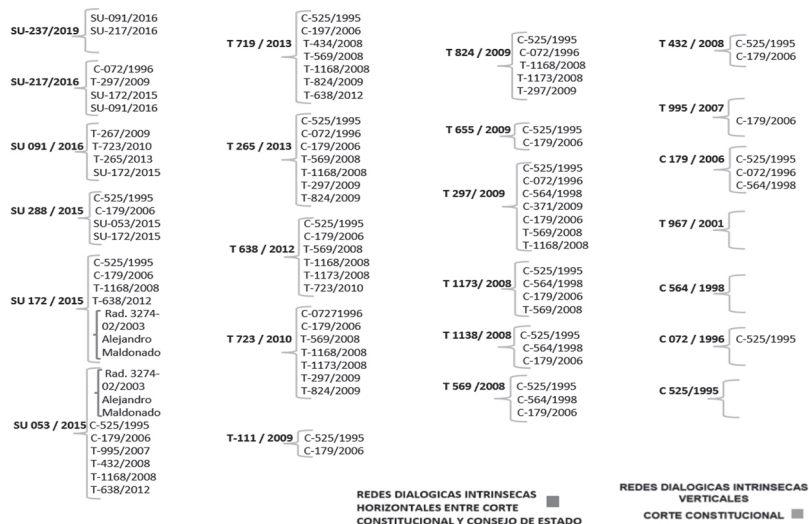
Nota: Tomado del control judicial al acto discrecional en Colombia.⁴⁴

La mencionada red no sólo concretiza el nivel de citación, sino la divergencia que se pueden establecer en materia de los precedentes junto con el análisis de las contraposiciones dialógicas, las posiciones autónomas y las relaciones simétricas; con el fin de ubicar el desarrollo jurisprudencial de los órganos internos y externos.

Para finalizar, una lectura completa de los diálogos debe realizarse en un tercer diagrama bajo una red dialógica intrínseca vertical, con el fin de ubicar el nivel citacional dentro del mismo organismo, es decir, unidireccional con el único objetivo de brindar una presunción de legitimidad del propio precedente de la Alta Corporación Constitucional.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 209.

Gráfico 8



Nota: Tomado del control judicial al acto discrecional en Colombia.⁴⁵

D. Conclusión

Una vez expedida la Constitución Política colombiana en 1991 se creó la Corte Constitucional como guardiana del nuevo orden fundamental. Las decisiones proferidas por este órgano han sido de gran impacto en el ordenamiento jurídico colombiano, al tener en un principio autonomía en sus decisiones y consagrarse como un órgano de autoridad con vigencia y competencia en la Carta Fundamental.

Puesto que es uno de los órganos de cierre en Colombia, el control de sus sentencias es prácticamente nulo, lo que imprime una autoridad en sus decisiones y, a su vez, un posible riesgo. Pese a esta dicotomía, el Tribunal Constitucional ha realizado en Colombia una labor juiciosa de salvaguarda de la Constitución Política, hecho que permite colegir la impor-

⁴⁵ *Ibidem*, p. 219.

tancia de cada una de sus sentencias, tanto en su contenido y en los efectos de alto impacto que esta entidad imprime en el orden marco. Luego entonces, el presente artículo ha desplegado la respuesta a cómo la Corte Constitucional de Colombia modula sus decisiones en sede de la acción tutelar y la acción pública de inconstitucionalidad, como dos controles constitucionales que realiza en su labor el Alto Tribunal.

De ahí que, se haya realizado *ut supra* una clasificación reorganizada de las formas en que la Corte Constitucional modula sus sentencias, a saber: la modulación tradicional, en donde la Corte emite sentencias estimatorias con un fallo de exequibilidad, inexecutable o nulidad; desestimatorias-persona; una modulación que afectan el contenido dividida en manipulativas, interpretativas o condicionales; una modulación a su intención, conforme a su interpretación, admisión de inconstitucionalidad, vacío constitucional, interpretación al texto cuestionado, sustitutivas, denegatorias o exhortativas; una modulación de efecto temporal, respecto a su constitucionalidad diferida, retroactiva, inconstitucionalidad sobreviniente; una modulación del derecho de los jueces de tipo más doctrinal, fundadoras de línea, hito, confirmadoras de principio y jurisprudencia *pop y*; por último, otros modelos de modulación, como la omisión legislativa, el reemplazo, la argumentación de daño antijurídico y sentencias dialógicas.

Luego entonces conviene el resultado al interrogante planteado inicialmente sobre la coherencia con el principio de colaboración de los poderes públicos, teniéndose que la modulación que imprime la Corte Constitucional en cada una de sus sentencias corresponde a una labor exclusivamente arraigada a la protección del texto constitucional inicial. De manera que, la misma Corporación Constitucional colombiana ha señalado que, dentro de los fines constitucionales, se han asignado labores a los otros órganos de cierre de protección a la Constitución Política, hecho que implica una labor en toda la rama judicial, de salvaguarda y observancia del texto supremo. En ese contexto, los efectos irradiadores del texto constitucional deben ser observados adicionalmente, en las otras ramas del poder público, esto es: rama Ejecutiva y Legislativa.

Esta circunstancia evidencia una colaboración de los poderes para con la Constitución, puesto que el mismo texto impone su autoridad en todo el aparato estatal sin distinción de ramas. Pese a lo anterior, la situación de colaboración entre ramas se ha convertido en una lucha por parte del Alto Tribunal Constitucional ante situaciones de tinte político que desdibujan, desde los poderes Ejecutivo y Legislativo, el sentido propio del texto constitucional. Esta razón fundamenta la necesaria organización en los efectos que producen las sentencias de la Corte Constitucional, puesto que, además de ser un órgano que tiene la última palabra respecto del texto normativo superior, debe asignarse su responsabilidad de examinación del impacto que implica el sentido de sus decisiones judiciales como juez constitucional supremo en Colombia.

Por tanto, la diferenciación de modular las sentencias implica que la Corte Constitucional desde su competencia y facultad decisional dé un margen de efectos a la sentencia con el fin de establecer una eficacia de las consecuencias jurídicas emanadas del alto texto constitucional. Luego entonces, la Corte Constitucional posee la facultad de modular los efectos requeridos en cada caso para configurar la decisión judicial en sus efectos de forma.

La modulación será determinada en el marco de la competencia de la Corte Constitucional colombiana, bajo criterios racionales que se ejecuten en función de la mayor eficacia de la Constitución Política. En ese tenor, el Alto Tribunal debe valorar las consecuencias de remoción, modificación, responsabilidad de una cláusula normativa determinada e identificar el impacto que tendrá en el ordenamiento jurídico superior, de tal forma que el estudio de constitucionalidad no sólo se limita a declarar la correspondencia de una norma enjuiciada con la Constitución, sino en determinar de manera correcta la modulación, con el fin de evitar daños aún mayores, de llegarse a modificar *ipso facto* cualquier norma revisada, bajo la demanda constitucional o la acción de tutela.

En efecto, una vez revisadas las formas de modulación en el desarrollo del texto, se evidencia una nueva forma y visión de la división de los efectos

de las sentencias en el Alto Tribunal Constitucional colombiano, con el objetivo de pautar cómo el ordenamiento jurídico colombiano acoge los efectos de las sentencias irradiadoras del texto supremo en sus diferentes formas y contenidos.

E. Bibliografía

Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Editorial Trotta, 2016, p. 30.

Ayala, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, 2013, pp. 3-4.

Barreiro, Alberto, *La responsabilidad del Estado Colombiano por el error judicial de las altas cortes*, Editorial Ibáñez, 2019, p. 54.

Castilla, Carolina, *La responsabilidad del Estado Juez en torno al derecho de los ciudadanos a la indemnidad*, Editorial Universidad del Rosario, 2017, p. 154.

Congreso de la República de Colombia, *Consejo Nacional Legislativo*, Ley 153, 1887.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 083*, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2018.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 333*, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 341*, M.P. Alberto Rojas Ríos, 2017.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C- 543*, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-496*. M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1994.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-1031*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 2001.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-1023*. M.P. Jorge Córdoba Triviño, 2021.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-149*, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1993.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-221*, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1997.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-280*, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2014.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-619*, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2003.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-681*, M.P. Ligia Galvis Ortiz, 2003.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-858*, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2006.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-037*, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2019.

Garzón, Edgar, *El control judicial del acto discrecional en Colombia*, Editorial Tirant lo Blanc, 2020, pp. 140 y 209.

_____, *La inconstitucionalidad por omisión: una revisión jurídica*, *Dixi* 20. 2014, p. 29. Disponible en: DOI: «<http://dx.doi.org/10.16925/di.v16i20.832>».

Gozáini, Osvaldo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, p. 147.

Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 2.

Jiménez, Milton, *El constitucionalismo procesal débil*, Editorial Tirant lo Blanc, 2021, p. 119.

López, Diego, *El derecho de los jueces*, Editorial LEGIS, 2001.

Maldonado, Daniel, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre, 2009, p. 20.

Montoya, Víctor, "Las sentencias intrínsecamente inconstitucionales", en *Proceso y Constitución Editores*, 2014, p. 292.

Mora, Gabriel, "El drama y Gloria de la interpretación constitucional", en *Derecho y Ciencias Políticas. Revista Pontificia Universidad Bolívar*, Colombia, julio-diciembre de 2014. Disponible en: «http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862014000200005#nu3».

Olano, Hernán, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 6 y 11.

Palomino, José, *El tribunal de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 654.

—————, *La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú*, Memorias II. Encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 2004, CD-ROM.

Quinche, Manuel, *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Temis, 6a. ed., 2020, p. 318.

_____, *La acción de tutela*, Editorial Temis, 2015, p. 118.

Roa, Jorge, "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", *Revista Derecho del Estado*, 2021, DOI: «<https://doi.org/10.18601/01229893.n49.04>».

Valenzuela, Camilo, *Aspectos procesales de la acción de tutela*, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2019, p. 24.

Velandia, Eduardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*, Bogotá, Ed: VC Editores Ltda., 2019.

11. La tipología de sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en el control de constitucionalidad

Haideer Miranda Bonilla*

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia aprobando su tesis Doctoral con mención de *sobresaliente cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales, ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora. .

SUMARIO: A. Introducción; B. El modelo de justicia constitucional en Costa Rica; C. La Sala Constitucional: estructura y organización; D. El estatuto del juez constitucional; E. Competencias de la Sala Constitucional; I. El recurso de amparo; II. El recurso de *habeas corpus*; III. El control de constitucionalidad de las normas; 1. Las consultas legislativas de constitucionalidad; 2. La acción de inconstitucionalidad; 3. La consulta judicial de constitucionalidad; IV. Los conflictos de competencia entre órganos del Estado.; F. El carácter *erga omnes* de la sentencia constitucional; G. La cosa juzgada constitucional; H. Tipología de sentencias en el control de constitucionalidad de las normas; I. Sentencias estimativas y desestimativas; I. Sentencias interpretativas; II. Sentencias manipulativas; 1. Sentencias aditivas; 2. Sentencias sustitutivas; III. Sentencias exhortativas; J. El dimensionamiento de los efectos de las sentencias constitucionales en el tiempo; K. Conclusiones; L. Bibliografía.

A. Introducción

En la actualidad los Tribunales Constitucionales,¹ al conocer del control de constitucionalidad de la ley, no se limitan a utilizar la rígida alternativa estimación o desestimación de inconstitucionalidad, sino que emplean diversos tipos de pronunciamientos que introducen efectos y alcances especiales en la parte resolutive o en la motivación de la sentencia, determinando cuáles interpretaciones son constitucionales y cuáles inconstitucionales, produciendo una reducción o adición del contenido-

¹ Para el constitucionalista Alessandro Pizzorusso: "L'esperienza compiuta dagli organi di giustizia costituzionale funzionanti nei vari paesi ci mostra come la loro attività non possa consistere nel rispondere, quasi come se fossero delle macchine a gettoni, alle varie domande che ad essi vengono poste secondo le diverse procedure previste, ma come essa implichi la formazione e l'attuazione di orientamenti che danno luogo alla formazione di una policy propria dell'organo di giustizia costituzionale. En "Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa", en AAVV, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 90.

normativo de la disposición impugnada, para que ésta sea acorde con la Constitución o, incluso, sustituyendo al legislador democrático.²

El presente estudio analizará las principales particularidades del modelo de justicia constitucional en Costa Rica y la tipología de sentencias que se ha desarrollado en el control de constitucionalidad de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia —en adelante Sala Constitucional—. En este sentido, para una mejor comprensión del tema se estudiarán los antecedentes históricos, estructura, organización, así como las competencias de la Sala Constitucional. Por otra parte, se estudiarán en el ámbito del control de constitucionalidad las principales características de la sentencia constitucional, así como la amplia tipología de resoluciones que ha desarrollado el juez constitucional que va más allá de la tradicional clasificación de sentencias estimativas y desestimativas, así como el dimensionamiento de los efectos de las resoluciones en el tiempo.

B. El modelo de justicia constitucional en Costa Rica

En mayo de 1989 se reformaron los artículos 10 y 48 de la Constitución Política de Costa Rica (1949) y se creó la Sala Constitucional a lo interno del Poder Judicial,³ órgano especializado que lleva a cabo la protección de los derechos humanos y el control concentrado de constitucionalidad teniendo sus sentencias un carácter vinculante *erga omnes*, pues en contra de ellas no cabe recurso alguno y son de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos.⁴ Además, en el mes de septiembre de 1989 se promulgó la Ley de la Jurisdicción Constitucional en donde se desarrollaron ampliamente sus diferentes competencias. En este sentido, el surgimiento de Cortes, Tribunales Constitucionales en Europa

² Figueroa Mejía, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

³ Jurado Fernández, Julio, "La Sala Constitucional: un Tribunal Constitucional en el seno del Poder Judicial", *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 1, julio de 2019, pp. 181-197.

⁴ Ley de la Jurisdicción Constitucional, Costa Rica, artículo 13.

y América Latina caracterizado por el jurista italiano Mauro Cappelletti como la "jurisdicción de la libertad"⁵ han venido a fortalecer la dignidad de las personas, la protección de sus derechos fundamentales y limitado la arbitrariedad de los poderes públicos.

La decisión a favor del carácter rígido de la Constitución de 1949 y la posterior calificación de ésta como fuente del derecho, directa e inmediatamente eficaz en el plano de las fuentes y en el de las relaciones entre ciudadanos, llevó a la introducción de un sistema de justicia constitucional, hasta entonces desconocido en el ordenamiento constitucional costarricense.⁶ Como decía gráficamente Rodolfo Piza Escalante, ex Presidente de la Sala Constitucional, "la Constitución Política antes de la creación de la Sala Constitucional sólo servía como adorno en las oficinas de los abogados". Esa era la triste realidad, pues el derecho constitucional y, por mayoría de razón la jurisdicción constitucional, prácticamente no existían en nuestro país,⁷ pues era ejercida en el caso de los recursos de amparo y *habeas corpus* por la jurisdicción ordinaria y el control de constitucionalidad de las leyes por la Corte Plena del Poder Judicial.⁸

Ha sido la creación de esta nueva jurisdicción constitucional la que ha puesto en marcha, la mayor revolución, no sólo en el campo del derecho constitucional y público de Costa Rica en general, sino también en el esquema de sus poderes públicos y de sus principales instituciones políticas, sociales, incluso económicas y culturales.⁹ Nuestra jurisdicción

⁵ Cappelletti Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale. (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco svizzero e austriaco)*, Roma, Giuffrè, 1955.

⁶ Arias Castro, Tomás Federico, "Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989", *Revista Judicial "Homenaje a la Sala Constitucional en su 30 aniversario"*, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, núm. 127, diciembre de 2019, pp. 183-212.

⁷ Hernández Valle, Rubén, "Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional", *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 1, julio de 2019, p. 7.

⁸ El recurso de inconstitucionalidad fue introducido y regulado en 7 artículos por el Código Procesal Civil de 1938. Entre esa fecha y la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el 11 de octubre de 1989, se presentaron alrededor de 130 recursos y sólo 16 o 17 fueron declarados con lugar.

⁹ Piza Escalante, Rodolfo, "Una década de la nueva justicia constitucional en Costa Rica", en AAVV, *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1999, p. 28.

constitucional, es una conquista invaluable de la sociedad costarricense que efectivamente fortalece el Estado constitucional y social de Derecho, pues permite que los ciudadanos puedan tener una visión real y cercana de la Constitución y que ésta no sea un mero instrumento normativo.¹⁰

La Sala Constitucional es quizás la institución que más ha influenciado en la vida política y jurídica de nuestro país y, a la vez, ha impactado por sus múltiples resoluciones en la vida diaria de los costarricenses.¹¹ No puede desconocerse que siempre la Sala Constitucional crea tensiones y presiones, porque al definir temas del poder, puede existir la pretensión que esta instancia político-jurídica, resuelva conforme esperan determinados sectores de la sociedad, especialmente aquellos que se alinean con la agenda del poder.¹²

Hay un antes y un después en nuestro ordenamiento jurídico con la creación de nuestro Tribunal Constitucional que vino a limitar la arbitrariedad de los poderes públicos. En este sentido, la reforma constitucional de los artículos 10 y 48, así como la promulgación de una Ley de la Jurisdicción Constitucional de avanzada permitió por ejemplo el acceso directo del individuo a través de un "recurso de amparo" con amplios criterios de legitimidad que es reconocido en el ámbito internacional como un ejemplo de acceso a la justicia. Fue una reforma relevante, trascendental para nuestro ordenamiento jurídico.

El control de constitucionalidad en Costa Rica se ejerce en forma concentrada, es decir, por un único órgano de manera exclusiva y excluyente,

¹⁰ Miranda Bonilla, Haideer, *La Sala Constitucional de Costa Rica: composición, funciones, organización interna*, en Campanelli, Giuseppe y Romboli, Silvia, (coords), *Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto. Seminario interno del Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale*, año 2018, Pisa, University Press, 2020, p. 255.

¹¹ Alpizar Matamoros, Vilma, "La Sala Constitucional 30 años después historia, logros y retos", *Revista Judicial Homenaje a la Sala Constitucional en su 30 aniversario*, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, núm.127, diciembre de 2019, p. 204.

¹² Cruz Castro, Fernando, "Treinta años de la Sala Constitucional. Luces y sombras frente a interrogantes y desafíos", discurso pronunciado el 25 de septiembre de 2019 en la inauguración del seminario organizado por la Sala Constitucional para conmemorar su 30 aniversario denominado: *La protección efectiva de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional*.

desde 1937 y hasta 1989 por la Corte Plena del Poder Judicial. No obstante, la reforma constitucional que creó la Sala Constitucional dio lugar al desarrollo legislativo de una jurisdicción especializada cuyas competencias son semejantes a las que tienen los tribunales constitucionales en el modelo europeo de control de constitucionalidad.¹³

En este sentido, es claro que nuestro actual modelo de justicia constitucional se vio claramente influenciado por las experiencias de otras jurisdicciones constitucionales con más tradición jurídica, en particular por el Tribunal Constitucional de Austria, la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Consejo Constitucional Francés, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Las características de los modelos europeo y estadounidense influenciaron nuestro sistema de justicia constitucional. Así, por ejemplo, cuenta con un proceso prejudicial o incidental similar a la experiencia de la Corte *Costituzionale*¹⁴ mediante el cual el juez somete a consideración de la Sala Constitucional sus dudas sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una ley o norma que deba aplicar a un caso concreto.

Por otra parte, al igual que los tribunales constitucionales europeos, la Sala Constitucional, además del control de constitucionalidad, ejerce la tutela de los derechos fundamentales por medio de los recursos de amparo y *habeas corpus*. Finalmente, la jurisdicción constitucional tiene una función arbitral, pues le compete resolver los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, y entre estos y demás órganos estatales.¹⁵

¹³ Jurado Fernández, Julio, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴ Sobre el modelo de justicia constitucional italiano se puede consultar Malfatti, Elena, Panizza, Saule, Romboli, Roberto, *Giustizia Costituzionale*, Turín, Giappichelli, Torino, 2010. Romboli, Romboli, (a cura di). *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, editorial Giappichelli, Turín, 2009.

¹⁵ Jurado Fernández, Julio, *op. cit.*, p. 187.

Desde su entrada en funciones la Sala Constitucional le ha dado "fuerza normativa a la Constitución" garantizando el respeto de los derechos, principios y valores reconocidos en nuestra Constitución. Lo anterior pone en evidencia que la Constitución es "instrumento vivo y dinámico", pues no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. En este sentido, en el voto número 1991-678 se indicó: "la Constitución, en su condición de norma fundamental de un Estado de Derecho, y reflejo del modelo ideológico de vida, posee valores y principios sobre los que se basa todo el ordenamiento jurídico, y que en esa condición, es un instrumento vivo mutable como la sociedad misma y sus valores, y por ello, se previó para su adaptación un procedimiento de reforma, para ir la ajustando a esta exigencias". Posteriormente, en la sentencia número 2018-19511 señaló: "la Constitución es un texto vivo, cuyas previsiones imbuyen de sentido el resto de la normativa infra constitucional".

El Tribunal Constitucional ha emitido más de trescientas mil resoluciones, en las cuales se puede individualizar una serie de temáticas de gran actualidad en el ámbito de los derechos humanos como la tutela de la libertad e integridad personal, el acceso a la información, la libertad de expresión, el derecho a la salud, la educación, el trabajo, el derecho al agua, los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de grupos vulnerables a los cuales ha reconocido una especial protección como los adultos mayores, niñez, privados de libertad, grupos indígenas, los límites al Poder Constituyente, el control de convencionalidad, el diálogo judicial con otras Corte o Tribunales Constitucionales y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁶ así como el reconocimiento de una serie de nuevos derechos vía jurisprudencial que han extendido el catálogo de derechos reconocidos en la Constitución.¹⁷

¹⁶ Miranda Bonilla, Haideer, *La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica*, en Bagni Silvia, Figueroa Mejía, Giovanni, Pavani, Giorgia (coords.), *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Valencia, Tirant Lo Blanc, Tomo 2, 2017, pp. 1125-1158. Miranda Bonilla, Haideer, *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, núm. 17, 2016.

¹⁷ Miranda Bonilla, Haideer. *El reconocimiento de nuevos derechos por la Sala Constitucional de Costa Rica*, pp. 369-408, en Paz, Cecilia Martha, y Miranda Bonilla, Haideer, (coords.), *Constitucionalismo*

C. La Sala Constitucional: estructura y organización

La Sala Constitucional está conformada por 7 magistrados propietarios y 12 magistrados suplentes de conformidad con el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional el cual dispone: "La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

El nombramiento de los jueces constitucionales propietarios es realizado por la Asamblea Legislativa por un período de ocho años en el caso de los titulares y de cuatro años en el caso de los magistrados suplentes¹⁸ por medio de una votación de las dos terceras partes del total de sus integrantes (mayoría calificada). Al respecto, el artículo 158 de la Constitución determina "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por un período de ocho años y por los votos de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En el desempeño de sus funciones, deberán actuar con eficiencia y se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario. Las vacantes serán llenadas para períodos completos de ocho años".

Por otra parte, la jurisdicción constitucional la integran 12 magistrados suplentes que sustituyen a los titulares en su ausencia o excusa de conocer un determinado caso y son nombrados por un periodo de cuatro años por la Asamblea Legislativa de una nómina de candidatos que remite la Corte Plena del Poder Judicial. Tanto los magistrados titulares como suplentes tienen la posibilidad de reelegirse.

y *nuevos derechos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, núm. 38 de la Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2019.

¹⁸ Constitución de la República de Costa Rica, Costa Rica, artículo 121, inciso 3.

En su estructura interna tiene un Presidente, una Secretaría General, un grupo de letrados y auxiliares que apoyan a los jueces constitucionales. El *quórum* para sesionar es de siete jueces debiendo existir una mayoría de titulares sobre todo cuando se analizarán asuntos complejos o en aquellos casos en donde se pretende cambiar una tesis jurisprudencial consolidada. Los asuntos son discutidos por el pleno en sesión privada con base en un proyecto de sentencia que elabora el magistrado ponente. La sentencia se emite por mayoría simple de los integrantes. Además el juez constitucional de manera razonada puede salvar el voto o incluir un nota separada o razones adicionales, las cuales se incorporarán al texto de la resolución final.¹⁹

D. El estatuto del juez constitucional

La noción de estatuto trata del conjunto de situaciones jurídicas vinculadas a la función de un juez constitucional, a partir del momento de la nominación o elección, de la consecuente incorporación al ejercicio de sus responsabilidades, y hasta el momento de la culminación del encargo y del ejercicio de sus funciones.²⁰ En este sentido para el constitucionalista Roberto Romboli los elementos que integran el estatuto constitucional son: a) Número de jueces que integran el Pleno, órganos de designación, requisitos de elegibilidad y procedimiento de designación; b). El juramento, la duración del encargo y la reelección; c) las incompatibilidades; d) La inamovilidad; e) La retribución económica; f) La libertad de opinión y de voto; g) Los motivos del cese y el fuero; y h) el régimen de responsabilidades.²¹

¹⁹ En el ámbito de la justicia constitucional comparada existen ordenamientos jurídicos donde no es permitido el voto particular, sino que la decisión de la Corte o Tribunal Constitucional tiene que ser unánime, como acontece en Italia, lo cual ha generado un gran debate académico incluso a lo interno de la Corte Constitucional. En la doctrina encontramos una vasta cantidad de estudios: Anzon, Adele (coord.), *L'opinione dissenziente: Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milán, Giuffrè, 1995. Panizza, Saulle, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Turín, Giappichelli, 1998.

²⁰ Romboli, Roberto, *Justicia Constitucional, Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2018, p. 202.

²¹ *Idem*.

En particular los jueces constitucionales en el ejercicio de sus funciones tienen amplias garantías de independencia e inamovilidad, motivo por el cual no pueden ser juzgados por las opiniones y las resoluciones emitidas en el ejercicio de sus funciones hasta que permanezcan en el cargo y se les garantiza una remuneración digna por el ejercicio del cargo. El régimen de incompatibilidades en el ejercicio del cargo se encuentra regulado en los artículos 160 y 161 de la Constitución en concordancia en los numerales 8, 9 y 58, inciso 4), de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además de ello la jurisprudencia convencional interamericana ha reconocido una serie de garantías para fortalecer la independencia judicial de los jueces constitucionales.²²

E. Competencias de la Sala Constitucional

Tanto la Constitución Política de la República de Costa Rica, como la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, han atribuido a la Sala Constitucional las siguientes competencias: el control de constitucionalidad, que puede ser desarrollado de modo previo a la entrada en vigor de la norma jurídica, o *a posteriori*, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las consultas judiciales que puede plantear cualquier juez ordinario; los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el proceso de *habeas corpus* para la protección de la integridad y libertad personales, así como el recurso de amparo para la defensa de los demás derechos de carácter fundamental previstos en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables en la República. Además, tiene la competencia para resolver los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, que pueden ser positivos o negativos, según los cuales los órganos que se disputan la respectiva competencia deseen o no hacer ejercicio de ella.

²² Cruz Castro, Fernando, "La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Jurídica IUS Doctrina*, Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, vol. 12, núm. 2, mayo a diciembre, 2019, pp. 1-29.

I. El recurso de amparo

Los antecedentes históricos del amparo se encuentran en la Ley No. 1161 del 2 de junio de 1950, en la cual se establecía que el recurso de amparo era resuelto por el juez ordinario, es decir, se llevaba a cabo mediante un control difuso, sin embargo, en la *praxis* fue un instituto poco utilizado, pues se tenía que agotar la vía administrativa y presentar el recurso en el plazo de ocho días naturales, a partir del momento en que cesó la violación o amenaza.

El amparo es un recurso mediante el cual cualquier persona puede acudir ante la Sala Constitucional a fin de que se garanticen los derechos y las libertades fundamentales, consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.²³ Al respecto, el artículo 48 de la Constitución Política determina: "Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República". Por su parte, el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que el recurso de amparo: "[...] *procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos*".

La tramitación del amparo es competencia exclusiva de la Sala Constitucional y tiene como características principales ser un recurso sencillo, informal, autónomo, directo, sumario y subjetivo que procede contra las

²³ Los antecedentes históricos del recurso de amparo se encuentran en la Ley No. 1161 del 2 de junio de 1950, en la cual se establecía que este recurso era resuelto por el juez ordinario, es decir, se llevaba a cabo a través de un control difuso, sin embargo, en la *praxis* fue un instituto poco utilizado, pues se tenía que agotar la vía administrativa y presentar el recurso en el plazo de ocho días naturales, a partir del momento en que cesó la violación o amenaza.

actuaciones, omisiones o amenazas de las autoridades administrativas e incluso contra sujetos de derecho privado, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa. En este sentido, la Sala Constitucional en reiterados pronunciamientos ha determinado:

En general, la procedencia del recurso de amparo está condicionada no sólo a que se acredite la existencia de una turbación —o amenaza de turbación— a uno o más de los derechos o garantías contemplados en la Carta Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el país; sino, además, a que se trate de una amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante no permita esperar a que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios. Esta última circunstancia pone de relieve el carácter eminentemente sumario del proceso de amparo, cuya tramitación no se aviene bien con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar —con carácter declarativo— si existen en realidad o no derechos de rango infra constitucional que las partes citen como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso.²⁴

Este recurso tiene una amplia legitimación, pues cualquier persona puede presentarlo, incluso a favor de un tercero, pero éste deberá dar su consentimiento y ser titular del derecho fundamental lesionado, es decir, se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable. En este sentido, el recurso puede ser interpuesto, tanto por el agraviado directo en sus derechos fundamentales o por terceras personas, a favor de aquel cuando estimen que se ha producido tal infracción.²⁵ En esta temática no cabe la acción popular, sin embargo, sí

²⁴ Véase en este sentido, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la sentencia número 2004-3431. Ese precedente jurisprudencia ha sido utilizado en una gran cantidad de votos: 1998- 8632, 1998-9188, 1999-8632, 2010-7000, 2012- 12875, 2012-14976, 2013-666, 2003-1454, 2013-2235, 2013-9438, 2013-9459, 2013-12907, 2013-15101, 2013-15829, 2013-16817, 2014-16924, 2014-19915, 2014-20192, 2014-20240, 2014-20729. El texto integral de las sentencias está disponible en: «<https://hexuspj.poder-judicial.go.cr/>».

²⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica Voto número 1993-1990.

se admite la tutela de intereses difusos como la protección del ambiente, la salud, el patrimonio cultural, los derechos del consumidor, el derecho a la paz, la hacienda pública y el manejo de recursos públicos, así como la tutela de intereses corporativos.²⁶ Asimismo, no es necesario el patrocinio legal, motivo por el cual se han tramitado y resuelto recursos presentados en una servilleta o en una hoja de papel. El escrito de interposición de un recurso de amparo debe respetar lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual señala: "En el recurso de amparo se expresará, con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo".

Por otra parte, existen tres tipos de recursos de amparo, en particular: a) contra órganos o sujetos públicos; b) contra sujetos de derecho privado; y c) por rectificación o respuesta. De conformidad con el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no procede el amparo contra: a) leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente contra actos de aplicación individual; b) resoluciones judiciales y actuaciones del Poder Judicial; c) actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar actuaciones judiciales; d) cuando la acción u omisión hubiere sido legitimamente consentida por la persona agraviada; e) actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

En la tramitación y resolución de los recursos de amparo y *habeas corpus* se resuelven en tiempos relativamente cortos y céleres, graves violaciones de derechos fundamentales. El recurso de amparo, a pesar de su agobiante número, es el mejor puente que tiene el ciudadano para acercarse a la "costituzione vivente". La importancia de la Sala Constitución no

²⁶ Miranda Bonilla, Haideer, *La protección de intereses difusos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional*, en Barrios Chavés, Luris, y Barrios Gonzáles, Boris, (coords), *El constitucionalismo garantista en Iberoamérica*, Panamá, Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional y Barrios & Barrios Jurídica, 2017, pp. 45-88.

sólo radica en el dictado de sentencias de gran trascendencia en el ámbito nacional, de esas que hacen mella en todos los medios de comunicación, sino también y principalmente en la resolución de recursos de amparo y de *habeas corpus* donde está de por medio un ser humano, un administrado a quien se le han vulnerado arbitrariamente sus derechos. Ese niño con discapacidad que no ha tenido acceso a la educación que merece; ese adulto mayor a quien no se le brinda una atención médica pronta; esa persona gravemente enferma que no tiene acceso a sus medicamentos o una atención médica célere; ese ciudadano que debe soportar malos olores en su casa de habitación por el funcionamiento de un relleno sanitario; ese privado de libertad quien vive en condiciones de hacinamiento, y así muchos casos que hacen que merezca y valga la pena de existencia de esta "jurisdicción de la libertad". El recurso de amparo es por excelencia el instrumento procesal para la defensa de los derechos fundamentales tutelados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues garantiza un acceso directo e informal a la justicia constitucional sin necesidad de patrocinio legal y de agotar la vía administrativa o judicial.

II. El recurso de *habeas corpus*

El artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "Procede el *hábeas corpus* para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio". El recurso de *habeas corpus* garantiza la libertad e integridad de la persona humana, la protege de ser perturbada o de sufrir restricciones por actos y omisiones que cometan las autoridades públicas como detenciones e incomunicaciones ilegítimas, restricciones ilegítimas a la libertad de tránsito, a la libre permanencia, a la salida e ingreso al territorio nacional. La legitimación activa en este

proceso es sumamente amplia —al igual que en el recurso de amparo—, pues puede ser interpuesto por cualquier persona, sin embargo, la Sala Constitucional ha determinado que quien lo interpone debe tener "cierto interés calificado en el asunto".²⁷ Además es un recurso informal, pues para su interposición no es necesario el patrocinio legal o determinada formalidad.

III. El control de constitucionalidad de las normas

Este tipo de control puede ser realizado *a priori*, es decir, con anterioridad a la promulgación de la normativa mediante las consultas legislativas de constitucionalidad y *a posteriori* a través de las acciones de constitucionalidad o las consultas judiciales.

1. Las consultas legislativas de constitucionalidad

Este proceso constitucional se encuentra regulado en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual determina:

Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados. c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones

²⁷ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 1995-2093.

incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional. h) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

Al respecto existen dos tipos de consultas, las cuales tienen la finalidad de prevenir que se incorporen al ordenamiento jurídico leyes u instrumentos normativos que presenten vicios de constitucionalidad. La primera de ellas es denominada la consultiva legislativa "preceptiva" y su presentación es obligatoria para el Directorio de la Asamblea Legislativa, cuando se trata de proyectos de reformas parciales a la Constitución, reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como aquellos proyectos tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. De conformidad con el artículo 97 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el órgano legitimado para presentarla es el Directorio de la Asamblea Legislativa conformado por un Presidente, un Vicepresidente, dos Secretarios y dos Prosecretarios que son electos anualmente por los diputados en la sesión solemne del primero de mayo. La consulta debe ser planteada de oficio y la omisión en plantearla produciría un vicio esencial del procedimiento que provocaría la nulidad absoluta de la ley.

El segundo tipo es la consulta legislativa "facultativa", la cual tiene que ser presentada por un número mínimo de 10 diputados de los 57 que integran actualmente la Asamblea Legislativa una vez que el proyecto de ley fue aprobado en primer debate y antes de su votación en segundo debate. En este tipo de consultas los diputados pueden plantear a la Sala Constitucional en escrito debidamente fundamentado una duda u objeción respecto de un determinado proyecto legislativo a efecto de corroborar que no infrinja el Derecho de la Constitución. En la *praxis* se ha presentado una controversia en anteriores consultas, en donde varios grupos de diputados presentan la consulta, retiran firmas y agregan firmas. En virtud

de lo anterior, se ha determinado que el plazo de un mes con que se cuenta para resolver la consulta corre a partir de recibida la copia certificada del expediente legislativo.²⁸

La sentencia de la Sala Constitucional es vinculante únicamente en relación con los vicios formales, es decir, en el trámite o procedimiento legislativo, en relación con los vicios materiales la decisión no lo es. En este tipo de consultas tienen además una legitimación directa para plantearlas la Corte Suprema de Justicia,²⁹ el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República cuando consideren que un determinado proyecto de ley exceda el ámbito de sus competencias constitucionales. Por último, el Defensor de los Habitantes podrá plantear una consulta preceptiva cuando considere que un proyecto de ley vulnere un derecho fundamental reconocido en la Constitución o en un instrumento internacional de derechos humanos.

2. La acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad procede contra las leyes y disposiciones generales que lesionen el Derecho de la Constitución, o cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite esencial indicado en la Constitución o establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. Al respecto, el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina:

Cabrá la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjeti-

²⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias números 2018-19511, 2019-9220, 9185-2020 y 2021 17098.

²⁹ La Corte Suprema de Justicia planteó por primera vez una consulta legislativa en relación con el proyecto de ley de empleo público por violación a la independencia judicial la cual fue resuelta en sentencia número 2021 17098.

vos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo. c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional. e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia. f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

En la presentación de una acción de inconstitucionalidad tiene que existir un asunto pendiente de resolver en la vía administrativa o judicial, pudiendo incluso ser un recurso de amparo o *habeas corpus*, en donde se alegue la inconstitucionalidad de una norma que tiene que ser aplicada en la resolución del caso, con lo cual tiene que existir una lesión individual y directa. Además, de conformidad con el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el escrito de interposición debe ir firmado por un abogado, es decir, se requiere patrocinio legal, a diferencia de los procesos de amparo y de *habeas corpus*. Por otra parte, existe una serie de personas, grupos y órganos que bajo determinados presupuestos y condiciones se encuentran legitimados para presentar directamente una acción de inconstitucionalidad. En este sentido, en la defensa de intereses difusos se puede acudir alegando la protección del ambiente, el derecho

a la salud, el patrimonio cultural, los derechos del consumidor, el derecho a la paz, la hacienda pública y el buen manejo de recursos públicos. Lo anterior, determina que existe una legitimación directa y por ende no es necesario un asunto base. En cuanto a los intereses colectivos se ha avalado que puedan acudir los colegios profesionales, cámaras, asociaciones de cámaras, federaciones, cuando alegan la defensa de un interés corporativo. Asimismo, tendrán una legitimación directa institucional el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.

3. La consulta judicial de constitucionalidad

Este proceso constitucional puede ser presentado sólo por los jueces ordinarios incluidas las jurisdicciones supremas, es decir, por una autoridad jurisdiccional en sentido estricto, y no por autoridades administrativas, para aclarar sus dudas de constitucionalidad y convencionalidad sobre una norma o acto que deban aplicar en la resolución de un caso que tengan juzgar. Al respecto, el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento". En relación con la naturaleza jurídica de este tipo de consulta, en la sentencia número 1995-1185 se indicó: "No se trata de una legitimación pura que se otorga al juez, sino más bien se trata de incorporarlo al proceso de control de constitucionalidad, que entendemos como una necesidad de derecho público, pero de una manera compatible con el sistema total de justicia constitucional ofreciendo la posibilidad de que los jueces consulten al Tribunal Constitucional, cuando tengan duda verdadera y fundada sobre la constitucionalidad de la norma que deban aplicar al caso concreto, antes que debilitarlo, fortalece el papel de la jurisdicción común en la aplicación y concreción de los principios y normas constitucionales". Este tipo de consultas adquiere especial relevancia en el control de convencionalidad, tal y como se verá más adelante.

IV. Los conflictos de competencia entre órganos del Estado

Los conflictos de competencia son aquellos que surgen entre determinados órganos estatales, cuando alguno de ellos afirma tener la competencia para conocer y resolver un determinado asunto con exclusión de los demás órganos estatales (conflicto positivo), o bien todos los órganos se abstienen de asumir la competencia en ese caso en concreto (conflicto negativo). También puede presentarse la hipótesis de que exista una amenaza evidente, casi en etapa de ejecución, de que un órgano asuma la competencia que otro órgano considera propia, suya, en cuyo caso estaríamos en presencia de un conflicto negativo.³⁰

Al respecto, el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "Le corresponde a la Sala Constitucional resolver: a) Los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. b) Los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los Poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualesquiera de estas, entre sí".

En la sentencia número 1994-572 se indicó: "Los artículos 10 inciso a) de la Constitución Política y 2o., inciso c), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional atribuyen a esta jurisdicción facultades para conocer sobre conflictos relativos a competencias constitucionales, es decir, de esferas de atribuciones, inmunidades y privilegios establecidos por la Constitución y no relativos a competencias de otra naturaleza, sea que en esta vía no resulta procedente conocer los de conflictos de legalidad o administrativos". Asimismo, la sentencia número 2008-13843 indicó: "este Tribunal no es competente para conocer los conflictos de competencia que surjan entre los órganos jurisdiccionales, toda vez, que a

³⁰ Hernández Valle, Rubén. *Ley de la Jurisdicción Constitucional comentada*, San José, editorial Juricentro, 2009, p. 358.

esos efectos, se han creado los órganos de la misma jurisdicción, encargados de dirimir este tipo de conflictos". A través de este proceso constitucional no se puede impugnar una resolución emitida por un órgano jurisdiccional.³¹

F. El carácter erga omnes de la sentencia constitucional

El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma". En particular, el principio de la vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional tiene un doble fundamento constitucional: el primero el artículo 42 constitucional que prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión, y el segundo en el principio constitucional de regularidad jurídica.³² La vinculatoriedad se refiere tanto a la parte considerativa como dispositiva de las sentencias,³³ así como al hecho que la Sala Constitucional no está vinculada por sus precedentes, pudiendo cambiar de criterio cuando lo estime pertinente,³⁴ así como por el hecho de que sus criterios jurisprudenciales conforman el parámetro de constitucionalidad.³⁵

Por otra parte, esta temática tiene relación con el principio de supremacía de la Constitución y de su fuerza normativa. Al respecto, la Sala Constitucional interpreta los parámetros constitucional y convencional, de modo que, pone en marcha la fuerza normativa y efectiva de la Constitución. En este sentido, es interesante la sentencia número 1995-2313 en donde determinó: "tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7

³¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 2000-443.

³² Hernández Valle, Rubén, "La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional", *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, núm. 92, julio de 1999, p. 20.

³³ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias números 1995-0013, 1995-2448 y 1995-7062.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias número 2000-2688 y 2000-5677.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 2004-8726.

de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles **una fuerza normativa del propio nivel constitucional**. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución". En el caso en concreto se declaró la inconstitucionalidad de la norma que establecía la colegiatura obligatoria de los periodistas con fundamento en lo dispuesto en la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La fuerza normativa de la Constitución presupone que "sea eficaz y efectiva al momento en que se da el funcionamiento del sistema jurídico. Este fin determina precisamente la *ratio iuris* del principio de Supremacía de la Constitución: la eficacia y efectividad del texto constitucional como norma suprema se consolida, entre varios aspectos, cuando el sistema político-jurídico es capaz de asegurar su resguardo e intangibilidad frente a cualesquiera pretensiones o intenciones por parte de algún órgano o fuente de poder que busque, ya sea modificar la Ley Fundamental o el resto del ordenamiento por cauces procesales contrarios a los fijados en la Constitución, ya sea dictar normas, ejecutar actos o caer en omisiones contrarios a las normas sustantivas del bloque de constitucionalidad. Tal principio, revestido de rigidez, blindo los elementos formales y materiales de la Constitución".³⁶ El carácter vinculante *erga omnes* de la sentencia evidencia la fuerza normativa de texto constitucional.

G. La cosa juzgada constitucional

La cosa juzgada en las acciones de inconstitucionalidad se encuentra regulada en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Al respecto, el artículo

³⁶ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 2015-12251.

87 determina: "Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla. Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos". Por su parte, el numeral 88 determina: "Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento". Ello denota que el diseño de la jurisdicción constitucional estaría encomendada a la misión de examinar la irregularidad de todo el bloque de legalidad, dar interpretación constitucional a las normas, y en el caso insalvable, a la expulsión de las mismas, si no se pudiera dar una interpretación conforme.

En la sentencia número 2019-12747, la Sala Constitucional determinó: "La Ley de la Jurisdicción Constitucional reguló con efectos generales o *erga omnes* las consecuencias de las sentencias estimatorias, pero con efectos concretos y particularizados para las sentencias desestimatorias. Cabe indicar, entonces, que la cosa juzgada constitucional solo aplica para aquellos casos en los que se ha dado una declaratoria de inconstitucionalidad; es decir, para cuando se declara con lugar la pretensión de expulsar una norma del ordenamiento jurídico por su inconstitucionalidad".

En este sentido, para el Tribunal Constitucional sólo habría cosa juzgada para las partes de ese mismo proceso base de la acción de inconstitucionalidad, con lo que se restringe la cosa juzgada material de una sentencia desestimatoria al asunto base de la acción, es decir, a los casos previos pendientes de resolución ante las autoridades administrativas o judiciales que sirvieron para elevar la cuestión de constitucionalidad. Asimismo, en la motivación de la sentencia en cuestión se indicó que: "pueden existir razones de interés público, como de tiempo y espacio, en el que se hace necesario para los Tribunales Constitucionales modificar sus

posiciones jurídicas con el devenir histórico de los países". Lo anterior determina que la Sala Constitucional no se encuentra vinculada por sus precedentes, pudiendo cambiar de criterio sobre un determinado tema como aconteció por ejemplo con el tema de la "reelección presidencial".

H. Tipología de sentencias en el control de constitucionalidad de las normas

En el control de constitucionalidad de las normas, la Sala Constitucional ha desarrollado una amplia tipología de sentencias que va más allá de la tradicional clasificación de resoluciones estimativas y desestimativas. En este sentido, se evidencia el desarrollo de una amplia tipología de resoluciones dentro de las que podemos destacar las sentencias interpretativas, exhortativas, las manipulativas o normativas y dentro de éstas últimas, las sustitutivas y las aditivas.³⁷

I. Sentencias estimativas y desestimativas

En el marco del control de constitucionalidad, las sentencias estimativas pueden ser parciales o totales. El artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o de los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento". Lo anterior se llevará a cabo una vez que se publique íntegramente la resolución en el *Boletín Judicial* y en el *Diario Oficial La Gaceta*. Es interesante como el juez constitucional tiene la facultad para declarar no sólo la inconstitucionalidad de la norma impugnada, y por

³⁷ En la doctrina nacional se pueden consultar los estudios de Hernández Valle, Rubén, "La problemática de las sentencias normativas," *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 337-349, en ID, *Derecho Procesal Constitucional*, San José, Juricentro, 2014. Hernández Valle, Rubén, *Ley de la Jurisdicción Constitucional comentada*, San José, Costa Rica, Juricentro, 2019. Lobo Jinesta, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional. Ediciones Guayacán*, San José, Costa Rica, 2014. Rueda Leal, Paul, "Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad", *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, vol. 2, núm. 1, 2004, pp. 323-335.

ende expulsarla del ordenamiento jurídico, sino la de cualquier ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia.³⁸ No obstante esa facultad, la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad ha sido utilizada en muy pocos casos, por ejemplo, en las sentencias números 1994-3484, 2006-7965 y 2009-17155.

Por su parte, el párrafo primero, del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica: "La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales". El numeral 92 determina que la sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, lo que implica la anulación de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico como si nunca hubiera existido,³⁹ sin embargo, tal y como se indicó anteriormente, el juez constitucional tiene una amplia discrecionalidad para dimensionar en el tiempo los efectos de lo resuelto. Por su parte, las sentencias "desestimativas" pueden ser simples, parciales e interpretativas.

I. Sentencias interpretativas

Las sentencias interpretativas caracterizadas comúnmente como la técnica de la interpretación conforme a Constitución presupone la posibilidad y del deber, cuando admisible, de atribuir a la ley un significado tal que excluya la necesidad de una declaración de inconstitucionalidad.⁴⁰

³⁸ Gutiérrez Campos, Esteban, "La anulación de normas por conexidad. Una facultad olvidada por los Tribunales y Cortes Constitucionales", *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, Argentina, núm. 3/2021, editorial IJ Editores. Disponible en «<https://ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>».

³⁹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 1991-252.

⁴⁰ Romboli, Roberto, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, en AA.VV., *La Giustizia Costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2008, p. 120.

En esta temática ha tenido un rol pionero la *Corte Costituzionale* quien desde el inicio de sus funciones emitió "sentencias interpretativas de rechazo" en las que declaró de que no era fundada la excepción de inconstitucionalidad propuesta, a condición de que se diera a la disposición impugnada la interpretación sugerida por la Corte Constitucional.⁴¹ Ello plantea la eficacia de la interpretación sugerida por la jurisdicción constitucional frente a los jueces. Para un sector mayoritario de la doctrina italiana la interpretación que la Corte adopta, no tiene una eficacia vinculante general para todos los jueces ordinarios, es por ello que estas sentencias, deberían imponerse, no en virtud de su fuerza legal, sino del carácter persuasivo de los argumentos utilizados como justificación de la interpretación sugerida.⁴² Posteriormente, la Corte Constitucional desarrolló a fin de tener una mayor incidencia las "sentencias interpretativas estimativas" en las que declara la inconstitucionalidad de la norma y desarrolla una interpretación conforme.

En la doctrina las principales críticas que se hace a esta tipología de sentencias, es que el Tribunal Constitucional puede terminar sustituyendo al Parlamento en su función de creador de normas primarias con eficacia *erga omnes*.⁴³ Ello no sería así en la medida en que el juez constitucional fundamente su actuación en los principios, valores y derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.

En las sentencias interpretativas, la Sala Constitucional reafirma la constitucionalidad de la norma sujeta a impugnación, o bien de una parte de ella, señalando cuál es la interpretación y aplicación conforme con el Derecho de la Constitución. Se salva, efectivamente, la constitucionalidad

⁴¹ Romboli, Roberto, "La interpretación de la ley a la luz de la Constitución. La llamada «interpretación conforme» en las relaciones entre la Corte Costituzionale y los jueces ordinarios en Italia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)*, Perú, núm. 60, 2007, p. 127.

⁴² Romboli, Roberto. *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, op. cit., p. 126.

⁴³ Hernández Valle, Rubén, *La problemática de las sentencias normativas*, op. cit., p. 342.

de la norma en cuanto tal, pero a condición de que se interprete y aplique de una determinada forma, sea la que la Sala Constitucional fija.⁴⁴

En este sentido, en la sentencia número 2003-10421 se indicó:

Este Tribunal, en el ejercicio del control de constitucionalidad, ha aplicado el principio de conservación de las normas, para dictar sentencias anulatorias cuando la infracción constitucional sea insuperable, sea por la confrontación del texto de la norma, de sus efectos, de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales (art. 3). En la medida en que la constitucionalidad de la norma sea superable mediante su interpretación conforme o por otro medio, puede y debe evitarse la drástica solución anulatoria.

Asimismo, se ha señalado:

[...] nuestra jurisprudencia al interpretar el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ha reconocido la posibilidad de limitar el alcance de la sentencia anulatoria a interpretaciones concretas de disposiciones impugnadas, ello en consonancia con la doctrina de los diferentes Tribunales Constitucionales que han servido de modelo al nuestro, así como la doctrina en materia procesal constitucional que reconoce a los órganos de control de constitucionalidad, la posibilidad de producir las denominadas interpretaciones conformes de normas, con el fin de atenuar el impacto que siempre produce una extracción pura y simple de una norma del ordenamiento jurídico, y a fin de mantener la mayor deferencia posible a la voluntad democrática expresada a través del ejercicio legislativo. Se trata por ello de entender la acción de inconstitucionalidad y su carácter anulatorio como ‘ultima ratio’, lo cual debería permitir a la Sala ejercer sus poderes anulatorios tanto

⁴⁴ Solano Carrera, Luis Fernando, *A veinte años de la Sala Constitucional: reflexiones sobre impactos, riesgos y desafíos*. Disponible en: «http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/info-15cap7.pdf».

respecto de todos los contenidos normativos o bien solamente sobre aquella o aquellas lecturas o interpretaciones que lesionen el Derecho de la Constitución.⁴⁵

En sentido similar, en el voto número 1992-2996 se indicó:

VI.- SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA NORMATIVA CUESTIONADA. Como lo ha manifestado este Tribunal, es función de esta jurisdicción, en los casos en que puede una norma ser interpretada conforme al texto de la Constitución, señalar esa forma de interpretación, a la que deben atenerse las autoridades públicas al aplicarla, no reconociéndose en este caso la inconstitucionalidad, pero señalando cuál es la forma correcta de interpretarla. No cualquier enfrentamiento entre la norma y la Constitución conlleva la estimatoria de una acción, sino que le corresponde a esta Sala, precisamente, establecer si resulta posible interpretar la primera en forma que se ajuste a los principios que informan la segunda y, si ello es posible, debe optar por esta solución a efecto de mantener la vigencia de la ley.

Lo expuesto determina cómo en la jurisprudencia se ha desarrollado ampliamente las principales características y la utilidad de las sentencias interpretativas.

Por otra parte, pueden existir dos modalidades de sentencias interpretativas claramente diferenciables: a) Cuando la inconstitucionalidad deriva de una interpretación errónea o una aplicación indebida; y b) cuando lo inconstitucional son los efectos de la norma. En el primer caso, lo que resulta inconstitucional es la interpretación y aplicación que hacen los órganos administrativos o jurisdiccionales ordinarios, puesto que quebranta el parámetro de constitucionalidad. La interpretación conforme con el Derecho a la Constitución vertida por la Sala Constitucional

⁴⁵ Véase en este sentido, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, las sentencias números 2001-10842, 2007-2063 2008-17402, 2009-11098, 2010-4830, 2011- 15171, 2012-12513, 2013-4884 y 2016-2419.

resulta vinculante para tales operadores jurídicos, impidiendo cualquier otra interpretación divergente. En el segundo supuesto, la norma, por sí misma, no es inconstitucional, pero sus efectos sí producen una inconstitucionalidad refleja o indirecta del bloque de inconstitucionalidad.⁴⁶

En este tipo de sentencias, la Sala Constitucional utiliza por lo general en la parte resolutive las frases "se declara que éste no resulta inconstitucional, siempre que sea interpretado de conformidad",⁴⁷ "se declara constitucional el artículo, siempre y cuando se interprete",⁴⁸ o bien, "las normas cuestionadas no resultan contrarias a la Constitución Política, siempre y cuando se interpreten".⁴⁹ En este sentido, se trata de sentencias desestimativas parciales o totales en donde el juez constitucional a fin de no expulsar la norma del ordenamiento jurídico lleva a cabo una interpretación conforme que debe ser respetada por las autoridades nacionales por el carácter *erga omnes* de sus resoluciones.

La sentencia número 1992-2196 es quizá la primera resolución en donde la Sala Constitucional emitió una sentencia interpretativa, en relación con lo dispuesto en los artículos 5 y 12 del Reglamento de Esterilizaciones, Decreto Ejecutivo No. 18080-S. En particular, en la sentencia se indicó: "II. No obstante lo anterior, y a efecto de evitar que un tema tan importante como el de las esterilizaciones terapéuticas se preste para violentar los derechos de la mujer, se estima conveniente realizar lo que en doctrina se denomina interpretación conforme, es decir señalar cómo deben interpretarse las normas citadas supra, en armonía con las normas y principios constitucionales". En este sentido, el juez constitucional destaca la importancia de la técnica de la interpretación conforme y la importancia de que ésta se lleve a cabo en armonía con las normas y principios constitucionales.

⁴⁶ Lobo Jinesta, Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 447.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias números 2006-6346 y 2009-17155.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias números 1995-1266, 1999-01416, 2018-19030, 2019-1107, 2019-11130, 2019-21271, 2020-8420, 2020-18213, 2020-16658.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencias números 2018-19030, 2018-19485, 2018-19487, 2019-0234.

En el caso en concreto, la Sala Constitucional dispuso en la motivación de la sentencia que el Decreto Ejecutivo número 18080-S debe interpretarse:

en el sentido de que toda mujer casada, que se encuentre dentro de las condiciones de salud que recomiendan la esterilización terapéutica, es libre —si se encuentra en pleno goce de sus facultades— de autorizarla, sin que sea constitucionalmente posible someter esa decisión al consentimiento del esposo o compañero, ni de ninguna otra persona en los casos de las mujeres mayores de dieciocho años o menores de esa edad pero mayores de quince que hubiesen contraído matrimonio y que gozan por lo tanto de capacidad jurídica plena; esa interpretación es válida también para las mujeres mayores de dieciocho años solteras, viudas, divorciadas o que vivan en unión de hecho si son mayores de dieciocho años, y en los demás casos, debe contarse con el consentimiento de los padres o de quien ejerza la patria potestad, el curador o del Patronato Nacional de la Infancia en los términos que establece el artículo 12 del citado decreto.

Nótese que lo anterior se indicó en la motivación de la resolución y no en la parte resolución en donde únicamente se declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad.

Por otra parte, en el voto número 1992-3435 se llevó a cabo una interpretación auténtica de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución. Ello se llevó a cabo en la resolución de un recurso de amparo, lo cual es poco común, pues por lo general este tipo sentencias interpretativas se emiten en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas. En la motivación de la sentencia se indicó:

[...] el inciso 5) del artículo 14 de la Constitución Política contiene una disposición que resulta inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la Carta en cuanto a igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto *erga*

omnes es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución. La simple comparación de las normas transcritas con la disposición cuestionada demuestra que el beneficio concedido exclusivamente a la mujer extranjera casada con costarricense, constituye una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense, contra quien crea artificialmente una desventaja pues le sustrae beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Constitucional determinó que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" o "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación legal por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.

Posteriormente, en la sentencia número 1994-3484 se resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra una serie de artículos de la Ley Orgánica de Notariado. En particular, la Sala Constitucional determinó que el artículo 28 de la normativa en cuestión "se interpreta en el sentido de que, de resultar absuelto el notario en vía penal por los mismos hechos que se investigan en vía administrativa, no podrá imponérsele sanción alguna, a fin de no violentar el principio de *non bis in idem*; g) se interpreta que la sanción de suspensión a que hacen referencia los artículos 23 y 27 tienen como límite máximo diez años".

En el voto número 1995-1266, la jurisdicción constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 10, inciso e), de la Ley No. 7088 del 30 de noviembre de 1987, los artículos 117, 118 y 119 de la Ley 7097 del 1 de setiembre de 1988, y los artículos 3, 4, 5 y 9 del Decreto Ejecutivo No. 17881-H del 1 de diciembre de 1987 denominado "Reglamento de la Ley del Impuesto de Transferencia

de Vehículos Internados con Exoneraciones". En particular, en la parte resolutive se determinó que el artículo 10 de la Ley No. 7088 es constitucional siempre que se interprete que sus efectos son inaplicables a quienes al amparo de la Ley No. 4812 hubieran adquirido un vehículo exonerado de impuestos, antes de entrar a regir la Ley No. 7088 emitida el 30 de noviembre de 1987.

En materia ambiental se han emitido múltiples sentencias interpretativas que han mantenido la vigencia de normas jurídicas impugnadas armonizándolas con los valores, principios y normas constitucionales, especialmente a la luz del artículo 50 constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁵⁰ Al respecto, en la sentencia número 2012-1283, el juez constitucional declaró la constitucionalidad de los artículos 21 y 29 del Decreto Ejecutivo No. 35884-MINAET - Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Exploración y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas, siempre que se interprete que el transcurso del plazo legal sin pronunciamiento de los entes respectivos, no significa su conformidad, ni mucho menos un criterio favorable. En este sentido, determinó:

En relación con el segundo aspecto —aplicación del silencio positivo—, el párrafo final del artículo 17 indica: '[...] Las citadas instituciones deberán contestar en un plazo máximo de 10 días hábiles improrrogable de su notificación, de lo contrario se deberá continuar con el trámite correspondiente.' En primer lugar es oportuno indicar que la norma no indica que la falta de respuesta suponga la verificación del silencio positivo; lo que señala es que el trámite continuará. El hecho de que el trámite continúe no significa que opere el silencio positivo, es decir, que se acoja o apruebe la solicitud en trámite. En ese sentido, este Tribunal ha indicado en varias sentencias (5745-1999 y 5245-2002, entre

⁵⁰ Peña Chacón, Mario. "Sentencias interpretativas en materia ambiental", pp. 26-40. En *Revista Innovare de Ciencia y Tecnología*, Costa Rica, "Derecho Ambiental Efectivo", Maestría en Derecho Ambiental, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, vol. 3, núm. 2, 2014. ID, 2016, pp. 192-220.

otras) que el principio del silencio positivo no opera de pleno derecho cuando se trata de procedimientos o actuaciones donde esté en juego la protección del medio ambiente. Si la Administración omite pronunciarse sobre una solicitud o permiso para realizar una determinada actividad, debido a la particular importancia y trascendencia del tema ambiental, prevalece el interés público representado por el Estado en cuanto a su obligación de tutelar el derecho a un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, sobre el interés privado de terceros. Es claro que los asuntos ambientales tienen la particularidad, sobre otros de puro derecho que, generalmente, para su conocimiento y resolución se requiere análisis técnicos, evaluaciones, estudios fácticos, lo que no siempre es posible realizar en un periodo de un mes.

En materia ambiental se puede también citar la sentencia número 2016-5617 que resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Acuerdo número ADJIP 280-2014, denominado "Medidas de ordenamiento para el uso de carnada viva para la flota pesquera comercial y de pesca deportiva en el Océano Pacífico Costarricense", por estimarlo contrario a los artículos 50 y 89 de la Constitución Política, así como al principio precautorio y el principio de no regresión en materia ambiental. En la parte dispositiva de la resolución se indicó: "Se declara SIN lugar la acción, siempre y cuando se interprete que INCOPECA debe regular las condiciones técnicas para el uso de carnada viva, al momento de otorgar aquellas licencias de pesca que correspondan según la ley o su reglamento".

Las sentencias interpretativas han sido utilizadas por el juez constitucional en varias temáticas, como por ejemplo, en relación con las acciones afirmativas en materia de género tuteladas en la Ley de Porcentaje Mínimo de Mujeres, Ley No. 8901,⁵¹ así como en el derecho de participación de funcionarias públicas en huelgas, en particular, en la sentencia número 2011-010832 se interpretó conforme a la Constitución el artículo 377

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 2014-4630.

del Código de Trabajo, en el sentido de que la terminación de los contratos de trabajo es a partir de la declaratoria de ilegalidad de la huelga y, en consecuencia, los trabajadores que participaron en el movimiento huelguístico antes de esa declaratoria no pueden ser despedidos, rebajados sus salarios, ni sancionados en forma alguna por la mera participación en la huelga.

A través de esta técnica interpretativa, el Tribunal Constitucional reconoció que a los Magistrados y Magistradas Suplentes de la Corte Suprema de Justicia les asiste un fuero de inmunidad en grado de im procesabilidad, que no atiende a criterios personales, sino a las funciones propias del cargo que se ocupa, de modo que se interprete que el artículo 401 del Código Procesal Penal, Título V Procedimiento para Juzgar a los Miembros de los Supremos Poderes cubre a los magistrados (as) suplentes cuando ejercen la suplencia de manera efectiva.⁵²

En la sentencia número 2017-1566 al resolver una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 140 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial determinó que la norma es constitucional, siempre que se interprete el texto del artículo 40 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, en el sentido que las personas que han sido absueltas o sobreseídas definitivamente, en un proceso penal, deben ser excluidas del Archivo Criminal y, además, que se deben suprimir las reseñas una vez cumplido el término legal correspondiente, siempre y cuando no existan nuevas anotaciones.

En relación con la tutela de la libertad de cátedra, el derecho al trabajo y la educación y la libertad de pensamiento es interesante la sentencia número 2016-2419 en donde se declaró inconstitucional y se anuló, única y exclusivamente, la aplicación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados a los nombramientos de profesores en Derecho para el ejercicio de la docencia en las instituciones universitarias públicas.

⁵² Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 2016-16111.

En materia tributaria, en la sentencia número 2012-16631 el juez constitucional determinó que el artículo 44 de la Ley del Impuesto sobre la Renta no es contrario al Derecho de la Constitución, siempre y cuando se interprete que el agente de retención que cumpla con sus obligaciones, aun cuando lo haga tarde, tiene la posibilidad de deducir como gastos del ejercicio las sumas pagadas por los conceptos que originaron las retenciones establecidas en esa ley. Por otra parte, en el voto número 2008-3937 declaró sin lugar la acción en relación con los artículos 24, 140, 147 y 148 del Código Notarial, en tanto se interprete que todo registro de las sanciones notariales deberá ser cancelado por la autoridad competente al transcurrir diez años después de cumplida la sanción.

En relación con la seguridad social y el derecho a la pensión, en el voto número 2018-19030 se indicó que el establecimiento de un tope a las jubilaciones y pensiones es constitucionalmente legítimo, en tanto no sea arbitrario, obedezca a estudios actuariales o técnicos, sea acorde con lo que el trabajador y patrono razonablemente cotizan para el régimen, sea razonable y proporcional y busque concretizar el principio de solidaridad social o pro fondo. En virtud de lo anterior, se determinó como constitucional la normativa impugnada que permite el cobro de contribuciones solidarias sobre aquellas pensiones que excedan un determinado monto y realizó una interpretación conforme de la Ley No. 7858 "en el sentido de que ésta no resulta violatoria del principio de irretroactividad, siempre y cuando se interprete que sus efectos únicamente son aplicables a aquellas personas que hubieran obtenido el derecho de jubilación con posterioridad al 28 de diciembre de 1998, fecha en que la norma de cita entró en vigencia, luego de que fuera publicada en el periódico oficial *La Gaceta* número 251, por la elemental razón de que quienes obtuvieron el derecho a la jubilación después de esa fecha, se les debe aplicar la regla vigente, sea el tope máximo cuando se llegara a cumplir la condición establecida por la ley".

En la sentencia número 2020-16658, la Sala Constitucional llevó a cabo una interpretación conforme del párrafo segundo del artículo 685 del

Código de Trabajo en el sentido, que iniciado el procedimiento disciplinario y hasta antes de la notificación del traslado de cargos, al funcionario no se le puede suspender el pago de su cesantía, con la finalidad de acogerse a su jubilación. Asimismo, resulta constitucional que una vez notificado el referido traslado de cargos, al servidor público se le suspenda el pago de la cesantía, únicamente en aquellos procedimientos disciplinarios pendientes que puedan conllevar el despido, no así en aquellos procedimientos que acarreen una consecuencia menor al mismo, en cuyo caso, la suspensión del pago de la cesantía sería improcedente.

En esta temática es interesante también las sentencias interpretativas por sus efectos. En ellas se determina que la norma no es inconstitucional por sí misma, pero si lo es por sus efectos.⁵³ En este sentido, en la sentencia número 2019-8678 se declaró sin lugar la acción interpuesta contra el artículo 288 del Código Electoral, por estimarse que dicha norma es constitucional, siempre y cuando su interpretación y aplicación se realice con estricto apego a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que no se origine una inconstitucionalidad por sus efectos al momento de su aplicación al caso concreto.

II. Sentencias manipulativas

A la "macrocategoría" de decisiones estimativas se pueden incluir las sentencias manipulativas, con las que la Corte realiza una modificación o integración de la disposiciones sujetas al control de constitucionalidad y dentro de las cuales es posible distinguir sentencias "aditivas" y "sustitutivas".⁵⁴ En la doctrina italiana a esta tipología se les ha denominado como "sentencias normativas".⁵⁵ Al respecto,

⁵³ Sobre este tema se puede consultar, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia número 2021 17098.

⁵⁴ Giovannetti, Tommaso, y Belocci, Mario, (a cura), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, p. 15.

⁵⁵ Pizzorusso Alessandro, "Le sentenze normative delle Corti costituzionali", *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, núm. 1, 2000, pp. 25-

la conclusione generalmente adottata, ormai da molti anni, é nel senso che sentenze di questo genere (dette manipolative, comprensivamente sia della additive che delle sostitutive) sono ammissibili soltanto quando la modificazione del testo legislativo adottata consente di eliminare la ragioni di inconstituzionalità che lo inficiano senza comportare da parte della Corte, alcun esercizio di quella che viene chiamata discrezionalità del legislatore.⁵⁶

A continuación se van analizar las diferentes categorías de sentencias manipulativas.

1. Sentencias aditivas

Las sentencias aditivas hacen referencia a aquel tipo de resolución con la que la jurisdicción constitucional declara inconstitucional una cierta disposición, en tanto, en cuanto, deja de decir algo ("en la parte que no prevé que").⁵⁷ En este sentido, la declaratoria de inconstitucionalidad "*colpisce la disposizione nella parte in cui non prevede un qualcosa, con conseguente aggiunta, da parte della sentenza, di un frammento alla norma oggetto del giudizio. La pronuncia additiva presuppone l'impossibilità di superare la norma negativa affetta da incostituzionalità per via d'interpretazione, nonché l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata*".⁵⁸ Lo que resulta inconstitucional en estos casos, no es lo que la ley dice, sino lo que omite decir y la Constitución exige que diga.

Esto se presenta en aquellos casos de inconstitucionalidad por omisión y tiene como consecuencia que la norma que hace falta viene a exis-

49. Cfr. Silvestre, Gaetano, "Le sentenze normative della Corte costituzionale", *Revista Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1684 y ss.

⁵⁶ Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁷ Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, año 16, núm. 48, 1996, p. 65.

⁵⁸ Giovannetti, Tommaso, y Belocci, Mario, (a cura), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. Palazzo della. p. 15. Disponible en «https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf». [Consultado el 11 de junio de 2010].

tir.⁵⁹ Se trata, en consecuencia, de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general impugnadas, sino más bien por lo que tales textos o normas no dicen y debieran decir. En relación con este tipo de sentencias, los Tribunales Constitucionales tienen dos opciones: crear la norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los ilegítimamente excluidos, con lo cual entran en el terreno de las sentencias aditivas, o bien se abstienen de hacerlo y dejan que sea el legislador o la Administración, en su caso, los que corrijan la omisión inconstitucional.⁶⁰

En esta temática resulta de particular interés lo dispuesto en la sentencia número 2003-10421, en la que se determinó:

En efecto, el legislador dejó en manos del Tribunal la solución a las omisiones inconstitucionales y a las inconstitucionalidades por omisión, para lo cual el Tribunal ha de disponer lo procedente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual, a falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del derecho constitucional, así como los del derecho público y procesal generales o, en su caso, los del derecho internacional o comunitario y, además, por su orden, la Ley General de la Administración Pública, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los Códigos Procesales. Como la inconstitucionalidad radica en la omisión dicha, no así en el contenido de las normas mismas, tampoco no cabe aplicar los efectos anulatorios previstos en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional porque dicha omisión no puede tener como consecuencia una sentencia anulatoria, ya que es obvio que a las omisiones no es aplicable anulación alguna, sino que la omisión sólo debe ser reparada o satisfecha.

En el caso en concreto, el juez constitucional determinó que se encontraba ante una inconstitucionalidad por omisión:

⁵⁹ Bazan, Víctor, *Control de la omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeo*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

⁶⁰ Hernández Valle, Rubén, *La problemática de las sentencias normativas*, op. cit., p. 342.

A pesar de la simplicidad del argumento constitucional de fondo del cual se deriva la inconstitucionalidad señalada, el asunto entraña una particular situación, desde el punto de vista de los efectos de la sentencia, ya que una aplicación pura y simple de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional conduciría a la drástica solución de disponer la anulación de los artículos 129 y 153 del Decreto; sin embargo, ninguno de los requisitos contemplados en esas disposiciones es impugnado, ni la Sala encuentra inconstitucionalidad alguna. Lo que ocurre, desde el punto de vista de la estructura normativa, no es que dichos artículos sean inconstitucionales, **sino que faltó disponer la norma que dice que para la aprobación de los proyectos menores y específicos previstos en los artículos 128 y 152 del Decreto es necesario el estudio de impacto ambiental, la cual existe en el ordenamiento, derivada del artículo 50 constitucional, de los instrumentos internacionales citados supra y de la jurisprudencia de la Sala**, con lo cual, ha de interpretarse, en la misma forma que este Tribunal lo ha hecho en la vía de amparo, que es obligatorio el estudio de impacto ambiental para otros casos concretos, igualmente, para los procedimientos menores y específicos.

En virtud de lo anterior, se declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad únicamente en cuanto a la inconstitucionalidad por la omisión de exigir evaluación de impacto ambiental y su correspondiente aprobación por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) como requisito previo a las solicitudes de permisos mineros para proyectos menores y específicos.

Posteriormente, en el voto número 2007-3923 se declaró la inconstitucionalidad del concepto jurídico bosque del artículo 28 de la Ley Forestal, en cuanto a la omisión relativa de establecer medidas precautorias que aseguraran la protección del ambiente, específicamente por dejar por fuera del concepto "bosque" ecosistemas forestales de todas aquellas especies no autóctonas y las áreas inferiores a dos hectáreas. En particular,

en la parte resolutive se determinó: "Se declara con lugar la acción únicamente, por la omisión del artículo 28 de la Ley Forestal de establecer medidas precautorias que aseguren la protección del ambiente. Corresponde a la Asamblea Legislativa subsanar la ausencia de medidas precautorias, que aseguren de previo, la correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 en tutela del ambiente, según lo señalado en la parte considerativa de esta sentencia. Comuníquese esta sentencia a los Poderes Legislativo y Ejecutivo".

2. Sentencias sustitutivas

En las sentencias sustitutivas, el órgano de justicia constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. La decisión sustitutiva se compone, por tanto, de dos partes diferentes: una que demuele el contenido de la disposición normativa impugnada; otra que la reconstruye, a través de la cual la jurisdicción constitucional procede a dotar a la misma disposición de un contenido diferente; en línea con los principios constitucionales. En este sentido, con las sentencias sustitutivas la jurisdicción constitucional declara a su vez *l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui prevede una certa cosa anziché un'altra, cosicché la sentenza ha l'effetto di sostituire un frammento di norma con un altro*.⁶¹

Estas sentencias se caracterizan por innovar el ordenamiento jurídico preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia general. Pueden ser de dos clases: las que introducen nuevas normas propiamente dichas y las que ponen en vigencia normas derogadas por las declaradas inconstitucionales. La técnica de las del primer tipo se expresa a veces mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de una norma o texto, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original. Las del segundo tipo, es decir, las sustitutivas que ponen en

⁶¹ Giovannetti, Tommaso, y Belocci, Mario, (a cura), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, p. 18.

vigencia normas derogadas se producen en aquellos casos en que la normativa anulada produce un vacío en el ordenamiento que debe ser colmado mientras el legislador dicta la disciplina sustitutiva correspondiente.⁶²

En la sentencia número 2011-16938, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de varias frases de los artículos 2 y 3 del Decreto Ejecutivo número 35803-MINAE denominado "Criterios Técnicos para la identificación, clasificación y conservación de humedales". En particular, la parte resolutive determinó:

Se declara parcialmente con lugar la acción y, en consecuencia, del artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 35803-MINAET, por inconstitucional, se anula la frase 'son aquellos que cuenten con una declaratoria de Área Silvestre Protegida' y, para que la norma preserve su sentido, se elimina la conjunción 'que', luego de la palabra 'continentales'; del artículo 3 del Decreto supracitado, por inconstitucional, se anula la frase 'son aquellos que cuenten con una declaratoria como Área Silvestre Protegida', y, para que la norma preserve su sentido, se elimina la conjunción 'que', luego de la palabra 'marinos'. **Por consiguiente, las normas mencionadas deberán leerse de la siguiente forma: 'Artículo 2º- Ecosistemas de Humedales Continentales. Los ecosistemas de humedales continentales forman parte del Patrimonio Natural del Estado'. 'Artículo 3º- Ecosistemas de Humedales Marinos. Los ecosistemas de humedales marinos forman parte del Patrimonio Natural del Estado, los cuales serán administrados por el MINAET a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación'.** En lo demás se desestima la acción. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de estas dos normas, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y de las situaciones jurídicas consolidadas" (Lo resaltado no corresponde al original).

⁶² Hernández Valle, Rubén, *La problemática de las sentencias normativas*, op. cit., p. 343.

Posteriormente, en la sentencia número 2012-5593, en la que la Sala Constitucional eliminó la palabra "privada" del artículo 24 del Decreto Ejecutivo 31136-MINAET - Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo, debiendo interpretarse que la audiencia llevada a cabo por el Tribunal Ambiental es pública, una vez concluida la etapa de investigación en el procedimiento administrativo.

En relación con las sentencias sustitutivas que ponen en vigencia normas derogadas se puede citar la sentencia número 1992-3435 en la que la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 6 de la Ley de la Moneda.⁶³ En la motivación de la resolución se indicó:

XIV. El párrafo 1 del artículo 6 de la Ley de la Moneda elimina uno de esos contenidos esenciales de un derecho fundamental, cual es el de libre contratación, con relación al aspecto cuantitativo del contrato, haciendo imposible una interpretación de la norma impugnada conforme con el Derecho de la Constitución. Este no puede derivar otro principio que aquél de que las partes están en plena capacidad para contratar en la moneda que libremente determinen, y que el pago debe hacerse precisamente en ella, tanto da si en beneficio como si en perjuicio de una u otra de las ellas; aunque, por las necesidades mismas del régimen monetario y del tráfico mercantil, debe también admitirse que el pago pueda efectuarse en la moneda de curso legal, es decir en colones, por esto, en todo caso, a su valor de cambio real y verdadero, o sea al vigente en el mercado, al momento de su ejecución —normal o judicial—. La libertad de contratación y principios tan fundamentales como los de la buena fe y del respeto a los derechos adquiridos, vedan con toda claridad al propio legislador

⁶³ El artículo en cuestión disponía: "En toda determinación de precios, fijación de sueldos, jornales, honorarios, pensiones y toda clase de remuneraciones, indemnizaciones o prestaciones, imposición de derechos, impuestos y contribuciones y cualesquiera otras obligaciones y contratos, públicos o privados que impliquen empleo de dinero y deban solventarse en Costa Rica, los importes correspondientes deberán necesariamente expresarse y pagarse en colones".

intervenir en un aspecto tan esencial del contrato, imponiéndole un criterio de valor determinado, así sea la moneda de curso legal en el país, por lo que la acción debe declararse con lugar en cuanto a este extremo, y, por lo tanto, anularse la norma en cuestión. XV— Con relación a lo dispuesto en el párrafo 2 del mismo artículo 6, según reforma por Ley 6965, la Sala estima que negar acción legal a los contratos en moneda extranjera no comprendidos en el artículo 7 entraña una violación, en primer lugar, a la misma libertad de contratación, pues si la ley veda a los particulares el poder dirimir sus conflictos de intereses de contenido patrimonial, por el hecho de originarse en contratos en moneda extranjera, —lo cual, como se ha dicho, resulta de todos modos inconstitucional—, de hecho les está negando la posibilidad misma de contratar, de manera que la inconstitucionalidad el párrafo 1 acarrearía necesariamente la del párrafo 2, pues no puede existir un régimen de libre contratación sin el sustento de la protección del orden jurídico para resolver los conflictos que resulten del ejercicio de esa libertad fundamental. Es decir, sin la garantía de acción legal para solucionar conflictos originados en la libre contratación, no puede haberla, pues es intrínseco al sistema democrático de libertad el derecho a la tutela jurisdiccional para reparar los perjuicios recibidos en su propiedad o intereses. Del mismo modo que, si se eliminara la acción legal para resolver los conflictos en materia de otros derechos —patrimoniales o no— evidentemente se dejaría sin sustento alguno el propio reconocimiento constitucional de esos derechos.

Con fundamento en lo anterior, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley de la Moneda y su reforma, según la Ley No. 6965 de 22 de agosto de 1984, con lo cual automáticamente recuperó su vigencia el texto anterior, es decir, la Ley No. 6223. No obstante, en el artículo 6, párrafo 2o., se facultaba al deudor para descargar sus obligaciones contraídas en monedas extranjeras, en colones "al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de pago". Al respecto, los jueces constitucionales determinaron:

la norma así restablecida resulta también inconstitucional, porque vendría a permitir un evidente desequilibrio en perjuicio de los acreedores, con manifiesta violación del artículo 45 constitucional y de los criterios de constitucionalidad aludidos en el Considerando XIII supra, en cuanto que este tipo oficial no corresponda —por inferioridad o superioridad— al valor comercial efectivo que, a la fecha del pago, tenga en el mercado la moneda extranjera adeudada. Esto implicaría, por una parte, la expropiación ilegítima, sin indemnización, del patrimonio de aquéllos, y, por la otra, el enriquecimiento sin causa de sus deudores, como ha venido ocurriendo con harta frecuencia en nuestro país. Es más, sería incluso hipotéticamente posible que la norma revirtiera en perjuicio de los propios deudores, en la eventualidad de que el tipo oficial se llegare a fijar en un monto superior al valor real de intercambio. **En consecuencia, y en ejercicio de las potestades que le otorga el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala opta por disponer también la anulación, por conexión o consecuencia, de la referida frase final, como única solución constitucionalmente válida para mantener el equilibrio financiero de los contratos; de manera que el párrafo 2° del artículo 6° de la Ley de la Moneda, cuya vigencia se reestablece en virtud de las inconstitucionalidades declaradas, deberá leerse así: "Sin embargo, podrán celebrarse contratos y contraerse obligaciones en monedas extranjeras pudiendo, a opción del deudor, cancelarse en colones.** Colones que, a su vez, deberán ser calculados conforme al valor comercial efectivo que tenga la moneda extranjera adeudada al momento del pago, es decir, a su valor real de intercambio, el cual debe responder a criterios suficientemente objetivos, comprobables y justos —esto último en cuanto a la justicia propia de la relación contractual, concretamente a la equivalencia en los intercambios y a la proporción en las distribuciones—; valor que, en último término, debe ser prudencialmente apreciado en cada caso por los tribunales de justicia, sin acudir a criterios arbitrarios o meramente subjetivos, como los de una paridad establecida legislativa, gubernativa o administrativamente. En este sentido, lo que debe imperar en todo caso es un tipo o valor de intercambio del colón,

no en función de unidad de medida en relación con la de otras monedas, sino de valor objetivo y real, es decir, de su precio como mercancía, valor para cuya determinación puede acudirse sencillamente al que opera, de hecho, en el llamado mercado libre de divisas.

En sentencia no sólo se declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley de la Moneda y su reforma por la Ley No. 6965, sino que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se puso en vigencia la Ley No. 6223 —derogada por la Ley No. 6965—, sin embargo, se determinó que la frase *supra* citada en el artículo 6, párrafo 2, es inconstitucional por conexidad.⁶⁴

Por su parte, en la sentencia número 2008-12109 se determinó la vigencia del Decreto No. 65 del 28 de julio de 1888, por medio del cual el legislador ordenó proteger una de las zonas en las que se encuentran las nacientes de agua que abastecen a los habitantes de tres provincias del país. En particular, en la motivación se indicó:

En el caso de las municipalidades accionadas, se deduce de la prueba aportada al expediente que dichas corporaciones han otorgado permisos de construcción en la zona comprendida por el decreto ley número 65, situación que vulnera no sólo el deseo que tenía el legislador al momento de promulgar la norma de cita, sino que además violenta lo dispuesto por el artículo 50 consti-

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, En la sentencia número 1993-989, la Sala Constitucional adicionó la sentencia No. 3495-92, en el sentido de que debe también tenerse por anulada, por inconstitucional, del Transitorio introducido a la Ley a la Moneda por la No. 6965 de 22 de agosto de 1984, la frase que dice: "al tipo de cambio oficial que está vigente a la fecha del pago". Asimismo, se anulan por inconstitucionales las disposiciones equivalentes contenidas en el artículo 15 de la Ley No. 6962 de 26 de julio de 1984, de modificación al Presupuesto Ordinario para 1984. Además, se aclara la sentencia en el sentido de que el artículo 771 del Código Civil cuya redacción original se restablece, debe ser hecho en la clase de moneda estipulada; a falta de estipulación, en la moneda que estuviere en curso al contraerse la deuda; y en caso de no poder hacerse el pago en la moneda debida, se hará en la usual y corriente al verificarse el pago, computándola según el valor comercial y efectivo que tuviere en esa época, con relación a la moneda debida.

tucional, en razón de lo expuesto anteriormente. Conviene mencionar, que si bien en la ley número 65 no se establece claramente el grado de limitación al que estaba sometida la zona establecida por dicha ley, lo cierto es que en aplicación del principio de *indubio pro natura*, y tomando en cuenta el espíritu de la norma de cita, esta Sala considera que debe entenderse que dicha protección es total, por lo que no puede otorgarse ningún tipo de permiso o concesión en dicha franja de terreno.

Esta resolución es interesante, pues la jurisdicción constitucional llevó a cabo un control de constitucionalidad sobre "normas preconstitucionales", es decir, sobre normativa que fue emitida con anterioridad a que promulgó la Constitución en 1949 y se creó la Sala Constitucional en 1989.

En esta temática no se puede dejar de mencionar uno de los votos más relevantes que ha emitido en su historia la Sala Constitucional por el impacto que tuvo en nuestro sistema constitucional y político. En la sentencia número 2003-2771, el Tribunal Constitucional anuló la reforma constitucional del artículo 132, inciso 1, de la Constitución que se llevó a cabo en 1969 y que prohibía la reelección presidencial en nuestro ordenamiento jurídico por una serie de vicios de forma y de fondo.⁶⁵ Como antecedente es interesante como en la sentencia número 2000-7818 se había declarado sin lugar con anterioridad una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 132, inciso 1, *supra* citado.

En el voto número 2003-2771, la Sala Constitucional con una nueva conformación, pues recientemente se habían integrado dos nuevos jueces constitucionales propietarios revirtió el criterio sostenido anteriormente y determinó:

⁶⁵ Brenes Barahona, Amelia y Martínez Barahona, Elena, "Cortes Supremas y Candidaturas Presidenciales en Centroamérica", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, España, núm. 158, octubre-diciembre de 2012, pp. 165-206.

El principio de rigidez constitucional basado precisamente en el principio de soberanía popular, no tiene otro objeto que procurar que el Estatuto que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidas relativas a Derechos Humanos, no sean variados. Por ello, para llevar a cabo una reforma constitucional como la aquí cuestionada, mediante la cual se limita un derecho político dado por el constituyente originario, es necesario hacerlo a través del mecanismo de reforma general previsto en el artículo 196 constitucional y ser, necesariamente manifestación de la voluntad del pueblo, la cual deberá recogerse a través de los mecanismos idóneos para ello. En razón de lo anterior en el caso concreto, sea en la reforma al artículo 132 de la Constitución Política, operada mediante la Ley No. 4349, se produjo una violación al procedimiento previsto según lo señalado. Por ende, la consecuencia lógica y jurídica de una reforma constitucional tramitada con un vicio de tal naturaleza, implica su nulidad.

Por otra parte, sobre los derechos humanos, los derechos políticos y la elección como derecho fundamental indicó:

La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades...b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores..." y que no admite mayores

limitaciones, que las siguientes: "2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal." De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados. La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena. Por otro lado, Costa Rica suscribió este Convenio sin reserva alguna, aceptando el ejercicio de tales derechos en la mayor libertad posible, asumiendo como únicas limitaciones las que deriven del inciso 2 del artículo 23. De resultar inconstitucional la forma en que la Asamblea Legislativa suprimió este derecho, implicaría que su restauración deba sujetarse al procedimiento correspondiente.

En virtud de lo anterior retomó vigencia el texto de la norma antes de dicha reforma constitucional que fue promulgada por el Poder Constituyente originario cuando promulgó la Constitución en 1949, y que permite la reelección presidencial no automática, pues debe esperarse un periodo para poder ser reelegido. Esa decisión permitió la reelección de Oscar Arias Sánchez, ex Presidente de la República en el período 1986-1990.

3. Sentencias exhortativas

En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde

con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto.⁶⁶ En el derecho constitucional italiano esta tipología de resolución se le denomina "sentenze monito".⁶⁷

En esta temática es interesante, la sentencia número 2005-5649 en donde la Sala Constitucional constató una omisión absoluta por parte de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su potestad normativa en dictar una ley que regulará el referéndum para que el pueblo pudiera ejercer la potestad legislativa para la aprobación, derogación de leyes y reformas parciales, así como la iniciativa popular en la formación de la ley durante las sesiones ordinarias, tal y como fue impuesta por el Poder Constituyente derivado a través de la reforma de los artículos 105 y 123 de la Constitución por medio de la Ley No. 8281 en donde en su transitorio único se estableció la obligatoriedad de la Asamblea Legislativa en dictar las leyes requeridas dentro del año siguiente a la publicación de esa ley. En virtud de lo anterior, se le otorga a la Asamblea Legislativa el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia, para que dictara las referidas leyes.

En el voto número 7965-2006 la Sala Constitucional anuló por inconstitucional los artículos 6 y 21 del Código Notarial, en cuanto adscribían al Poder Judicial la Dirección Nacional de Notariado para fiscalizar y supervisar la función notarial, lo cual no constituye una función administrativa este Poder de la República. En la parte dispositiva de la sentencia se ordenó:

De conformidad con el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan en el tiempo los efectos de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, de modo que la Dirección Nacional de Notariado continuará adscrita al Poder Judicial, hasta por el plazo de tres años, contado a partir de la

⁶⁶ Sagüés, Néstor, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, vol. 4, núm. 2, noviembre, 2006, p. 193.

⁶⁷ Malfatti Elena, *et. al.*, *Giustizia Costituzionale*, *op. cit.*, p. 221.

publicación de esta sentencia. Antes de la expiración de esa fecha, la Asamblea Legislativa deberá definir a que ente u órgano público adscribe la Dirección de Notariado, así como efectuar los ajustes legislativos en el Código de la materia para determinar el procedimiento de nombramiento y el órgano que designa al Director.

Por otra parte, existen casos caracterizados por la doctrina constitucional italiana como de "doppia pronuncia", es decir, en donde la jurisdicción constitucional en un primer momento exhorta al Parlamento regular una determina temática y ante la inacción de hacerlo se pronuncia en forma estimativa.⁶⁸ En este sentido, en un primer momento, en la sentencia número 2008-18564, el Tribunal Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad en donde afirmó que si bien es exigible el cumplimiento del deber de probidad a los diputados de la República, el ordenamiento jurídico no determina que su infracción sea causal de pérdida de credencial, por lo que señala que es tarea de la Asamblea Legislativa establecer si existe un vacío normativo en cuanto a la sanción legal de la falta y, en caso de acreditarlo, emitir la regulación correspondiente.

Posteriormente, en la sentencia número 2010-11352, la Sala Constitucional ordenó a la Asamblea Legislativa reformar —dentro de un plazo de 36 meses— la Constitución y el Reglamento de la institución de manera que se incluyera la violación al deber de probidad como causal de retiro de credenciales de los diputados. En tal sentido, se hizo referencia a la tesis jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán, en relación con la competencia que tienen los órganos jurisdiccionales constitucionales para dictar sentencias "estimatorias exhortativas". En su reconocimiento

⁶⁸ La Corte *Costituzionale* en la sentencia número 113 de 2011, declaró la inconstitucionalidad del artículo 670 del Código Procesal Penal por no prever dentro de las causas de reapertura de un proceso penal en firme cuando existiere una sentencia condenatoria de Estrasburgo. En diferentes sentencias "monito" la Corte había recomendado al legislador italiano que emitiera una norma a fin de remediar esa omisión sin que lo realizara, motivo por el cual procedió a la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

tuvo un rol la utilización del derecho comparado y en particular, el estudio de experiencias de justicia constitucional en ese tema.⁶⁹

En la motivación del voto se indicó en lo que interesa: "Ha quedado demostrado que el Derecho Internacional le impone al Estado de Costa Rica el deber de garantizar el principio de probidad en el ejercicio de la función pública. No obstante, por una omisión constitucional, a los diputados no se les puede sancionar cuando, en el ejercicio de su cargo, violan dicho principio; a diferencia de lo que ocurre con todos los otros funcionarios públicos, quienes sí están sujetos a sanciones específicas. Lo anterior constituye un claro incumplimiento de una obligación que imponen los Tratados Internacionales al Estado de Costa Rica a causa de una omisión constitucional". Nótese que ese deber de probidad se deriva de lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción que han sido suscritas por nuestro país, así como en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del 6 de octubre de 2004.

Esta sentencia es de gran interés, pues no sólo estableció la inconstitucionalidad por omisión en cuestión, sino que a través de una sentencia exhortativa se ordenó a la Asamblea Legislativa a que en un plazo máximo de 36 meses cumpliera con lo ordenado indicando:

[...] el Tribunal Constitucional ejerce una función preventiva ante eventuales responsabilidades internacionales que se le pueden exigir al Estado costarricense, por no cumplir con las obligaciones internacionales que se derivan de un instrumento internacional. En este sentido, el Tribunal Constitucional se convierte en un garante del cumplimiento de las obligaciones que el Estado de Costa Rica ha asumido en los tratados internacionales

⁶⁹ Miranda Bonilla, Haideer, "La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional," *Revista Judicial*, San José, Corte Suprema de Justicia, número 120, enero de 2017, pp. 257-284.

y, por consiguiente, cuando constata alguna vulneración a éstas, no tiene otra alternativa que declarar la norma inconstitucional, si se trata de un precepto legal o de inferior rango (artículo 73, inciso d, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) o de darle un plazo a la Asamblea Legislativa para que actúe como poder reformador si la violación está residenciada en la Carta Fundamental, sea por acción o por omisión. Por otra parte, si el Estado de Costa Rica está sujeto al Derecho Internacional, no cabe duda de que debe de actuar conforme a sus principios, preceptos y costumbres, dentro de los cuales está el ajustar su legislación interna (incluida la Constitución Política) a ese Derecho. Se trata de casos excepcionalísimos, a aquellos en los que la Sala Constitucional constata una violación evidente y manifiesta al Derecho Internacional a causa de una omisión constitucional. Frente a ello, hay dos alternativas. La primera, que el Tribunal se limite a señalar la violación. La segunda, que la Sala Constitucional señale el quebranto al Derecho Internacional y, a su vez, le fije un plazo razonable a la Asamblea Legislativa para que, actuando como poder reformador, ajuste la Carta Fundamental al Derecho Internacional. Esta segunda postura tiene varias ventajas. En primer lugar, tal y como se indicó atrás, el Tribunal Constitucional actúa de forma preventiva, evitando que el Estado de Costa Rica sea expuesto algún tipo de responsabilidad en las Instancias Internacionales por incumplir con sus obligaciones internacionales. La segunda, le impone al Estado de Costa Rica actuar conforme con el Derecho Internacional. Por último, es aceptada por la doctrina mayoritaria del Derecho Procesal Constitucional y por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales (véanse la postura del Tribunal Federal Constitucional alemán, la de la Corte Constitucional italiana y la de la Sala Constitucional) la competencia que tienen estos órganos jurisdiccionales para dictar sentencias estimatorias exhortativas, como en el presente caso.

En cumplimiento de lo anterior, aunque fuera del plazo concedido, la Asamblea Legislativa reformó el artículo 112 de la Constitución por medio de la Ley No. 9571 publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* el 20 de agosto de 2018, el cual adicionó un párrafo final al citado artículo.

En la sentencia número 2018-12782 la Sala Constitucional reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo al declarar inconstitucional el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia el cual prohibía este tipo de uniones. Al respecto en la motivación se indicó que "la norma impugnada es inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la cual se expande sobre el sistema jurídico-positivo e impide el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo". Por otra parte, se determinó que "la implementación cabal de un sistema de igualdad no puede limitarse a la simple anulación de la norma impugnada, debido a que deviene inexorable regular todos los alcances y efectos derivados del reconocimiento jurídico al vínculo entre parejas del mismo sexo".

En este sentido a través de una sentencia exhortativa se instó a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el *Boletín Judicial*, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. En sentido similar, en el voto número 2018-12783 los jueces constitucionales reconocieron el derecho a la unión de hecho entre personas del mismo sexo al declarar la inconstitucionalidad del artículo 242 del Código de Familia, sin embargo, en los mismos términos de la resolución *supra* citada exhortaron a la Asamblea Legislativa a adecuar el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo. En virtud de que la Asamblea Legislativa no emitió la normativa en cuestión, motivo por el cual las normas que prohibían el matrimonio y la unión de hecho quedaron derogadas y por ende entró en vigor en nuestro ordenamiento la posibilidad de tales uniones.

J. El dimensionamiento de los efectos de las sentencias constitucionales en el tiempo

El artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroac-

tivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales". En este sentido, en la sentencia número 1990-1409 se indicó:

Nuestro sistema jurisdiccional constitucional sigue una tesis mixta entre el llamado 'norteamericano' que simplemente declara la inexistencia o nulidad absoluta de las normas dictadas en contra de la Constitución, y el llamado 'austríaco' que admite la vigencia y eficacia de la norma hasta su anulación por lo que faculta al Juez a definir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, para evitar que situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe sean afectados. En efecto, el artículo 11 faculta a esta Sala a declarar la inconstitucionalidad de las normas a cualquier naturaleza, y el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional define como ya se dijo, el efecto declarativo y retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, y además faculta a la Sala a graduar los efectos de esta sentencia para evitar 'graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales' con lo que se demuestra que la norma aunque es inconstitucional por vicio originario, surtió efectos que prevalecen en el tiempo y en el espacio.

En este sentido, la jurisdicción constitucional tiene amplias facultades para dimensionar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.⁷⁰ Los efectos *ex tunc* o retroactivos, es la regla por cuanto, la norma o el acto son absolutamente nulos por inconstitucionales *ab origine*, empero se establecen una serie de excepciones a esa eficacia jurídica, como lo son los derechos adquiridos de buena fe (artículos 91, p. 1 y 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), las relaciones o situaciones jurídicas

⁷⁰ Sobre esta temática se puede consultar el interesante estudio de Jensen Ghesquiere, David. "Una interpretación histórica del dimensionamiento de las sentencias de constitucionalidad", *Revista de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 3, 2021, pp. 82-101.

consolidadas por prescripción, caducidad, sentencia pasada por cosa juzgada material o por la consumación de los hechos, cuando sean, material y técnicamente, irreversibles (artículo 93).⁷¹ En las sentencias estimativas, de conformidad con el artículo 91, párrafo 2, el juez constitucional tiene la posibilidad en dimensionar o graduar los efectos en el tiempo, espacio y materia para evitar graves dislocaciones a la seguridad, la justicia o la paz social.

En relación con el dimensionamiento a futuro, se puede citar la sentencia número 2020-19274 en donde se anuló el porcentaje de cotización y la contribución especial establecidos en las Leyes No. 9380 y No. 9383, en cuanto exceden el 50% del monto bruto de la pensión que corresponde a la persona jubilada o pensionada. Para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, la Sala Constitucional graduó y dimensionó el efecto de esta resolución, de modo que, a partir del mes siguiente de la notificación de esta sentencia, la Administración Tributaria deberá realizar el ajuste correspondiente conforme a esta sentencia, de tal manera que la carga tributaria que pesa sobre el monto de las jubilaciones y pensiones no exceda el 50% del monto bruto que recibe el jubilado o pensionado.

Por su parte, el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determina: "La sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, en todo caso, en favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio". Este es el único caso en que se reconoce un efecto retroactivo absoluto e inflexible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 constitucional en el sentido que el efecto retroactivo nunca puede ser en perjuicio, pero sí en beneficio de una persona.⁷²

⁷¹ Jinesta, Ernesto. *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 442.

⁷² Jinesta, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 443.

En la sentencia número 2020-11961, la Sala Constitucional tomó en cuenta los efectos de la pandemia a la hora de dimensionar los efectos a futuro de la normativa declarada inconstitucional:

En este aspecto, se deben dimensionar los efectos de la sentencia, de conformidad con el artículo 91, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; así, para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social, tomando en cuenta la precaria situación de las finanzas públicas, acrecentada con motivo de la pandemia del Covid-19, tal y como se ha hecho en otras ocasiones, se dimensionan los efectos de esta sentencia, en el sentido de que la Administración Tributaria no está en la obligación de reintegrar a los jubilados y pensiones el exceso del cinco por ciento cobrado de más por el impuesto que se impugna. A partir del mes siguiente de la notificación de esta sentencia, la Administración Tributaria deberá realizar el ajuste correspondiente conforme a esta sentencia, de tal manera que la carga tributaria que pesa sobre el monto de las jubilaciones y pensiones no exceda el cincuenta por ciento del monto bruto que recibe el jubilado y pensionado.

Lo anterior evidencia las amplias facultades con que cuenta el juez constitucional para graduar los efectos de las sentencias estimativas.

K. Conclusiones

En el modelo de justicia constitucional de Costa Rica, las sentencias de la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. Ello conlleva, en primer plano, el acatamiento obligatorio de lo resuelto por parte de las autoridades públicas y privadas, en segundo lugar, la fuerza normativa y el principio de supremacía de la Constitución y en tercer plano, que la jurisdicción constitucional puede cambiar de criterio sobre una determinada temática.

En el control de constitucionalidad de las normas, la Sala Constitucional ha desarrollado una amplia tipología de sentencias que va allá de la tradi-

cional clasificación de resoluciones estimativas y desestimativas dentro de las que podemos destacar las sentencias interpretativas, exhortativas, manipulativas o normativas, y dentro de éstas las sustitutivas y aditivas. Ello evidencia el rol creador del derecho por parte del juez constitucional, en particular en materia *processuale* que le ha permitido además de resolver los casos concretos crear y perfeccionar una amplia tipología de sentencias que no han perdido vigencia. Además, plantea una temática sobre la cual existe un gran debate en la doctrina constitucional y se encuentra relacionada con los límites en la actividad interpretativa que tiene el juez constitucional y si con algunas de estas tipologías se ha invadido la esfera de competencias de otros poderes estatales, los cuales también tienen que respetar y actuar los principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución.

El presente estudio constata que a nivel cuantitativo las sentencias interpretativas son las más utilizadas por el juez constitucional. A través de la técnica de la interpretación conforme se reafirma la constitucionalidad de la norma sujeta a impugnación, o bien de una parte de ella, señalando cuál es la interpretación y aplicación conforme con el Derecho de la Constitución. En efecto, se salva la constitucionalidad de la norma en cuanto tal, pero a condición de que se interprete y aplique de una determinada forma y evitar así la drástica solución anulatoria.⁷³

En este tipo de sentencias, se utiliza por lo general en la parte resolutive las frases "se declara que éste no resulta inconstitucional, siempre que sea interpretado de conformidad", "se declara constitucional el artículo, siempre y cuando se interprete", o bien, "las normas cuestionadas no resultan contrarias a la Constitución Política, siempre y cuando se interpreten". Mediante sentencias interpretativas se ha dado una interpretación auténtica a la Constitución y normativa infra legal en variadas temáticas, como en materia ambiental, en acciones afirmativas en materia

⁷³ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 2003-10421.

de género, garantías al debido proceso en procesos disciplinarios, en relación con el derecho de participación de funcionarias públicas en huelgas o al fuero de inmunidad que tienen los Magistrados Suplentes de la Corte Suprema de Justicia cuando se encuentran en el ejercicio del cargo, así como en relación con la protección de la libertad de cátedra, el derecho al trabajo, la educación y la libertad de pensamiento y en materia tributaria.

Por otra parte, encontramos una serie de sentencias manipulativas y sus diferentes categorías, aditivas y sustitutivas, caracterizadas en general por la doctrina italiana como "sentenze normative".⁷⁴ Las sentencias aditivas han sido utilizadas para colmar omisiones inconstitucionales. Lo anterior se ha llevado a cabo con fundamento en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual, a falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del derecho constitucional, así como los del derecho público y procesal generales o, en su caso, los del derecho internacional o comunitario.

Las sentencias sustitutivas han innovado nuestro ordenamiento jurídico, pues han introducido nuevas disposiciones con eficacia general. En este sentido, se han introducido nuevas normas propiamente dichas, por ejemplo, en las sentencias números 2011-16938 y 2012-5593 emitidas en temáticas ambientales. Por otra parte, a través de esta tipología se han puesto en vigencia normas derogadas, como por ejemplo en la sentencia número 1992-3435 en la que la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucional interpuesta contra el artículo 6 de la Ley de la Moneda.

En esta temática, la sentencia número 2003-2771 es quizá la más importante que se ha emitido por el impacto que tuvo en nuestro sistema político constitucional, pues la Sala Constitucional anuló la reforma del

⁷⁴ Pizzorusso, Alessandro, "Le sentenze normative delle Corti costituzionali", *op cit.*, pp. 25-49.

artículo 132, inciso 1, de la Constitución que llevó a cabo la Asamblea Legislativa en 1969 y que prohibía la reelección presidencial por una serie de vicios de forma y de fondo. En virtud de lo anterior retomó vigencia el texto de la norma antes de dicha reforma que fue promulgada por el Poder Constituyente originario cuando promulgó la Constitución en 1949, y que permite la reelección presidencial no automática, pues se debía esperar un periodo para poder ser nuevamente elegido. Esa decisión permitió la reelección de Oscar Arias Sánchez, quien ya había ocupado el cargo de Presidente de la República.

En las sentencias exhortativas se ha ordenado a la Asamblea Legislativa la promulgación de normativa que regulará el referéndum o en relación con la adscripción de la Dirección de Notariado. En tal sentido, en la sentencia número 2011-11352 se exhortó a la Asamblea Legislativa para que dentro del plazo de 36 meses adoptara las medidas legislativas y administrativas necesarias para incorporar al ordenamiento jurídico las causales de pérdida de credencial y demás sanciones disciplinarias que permitan castigar a los legisladores que infrinjan el deber de probidad. A pesar de que ese plazo no fue cumplido, la Asamblea Legislativa efectuó la reforma constitucional que introduce la violación al deber de probidad como causal de pérdida de la credencial de diputado, mediante la Ley No. 9571 del 23 de mayo de 2018, que adiciona un párrafo final al artículo 112 de la Constitución, el cual indica: "Los diputados cumplirán con el deber de probidad. La violación de ese deber producirá la pérdida de la credencial de diputado, en los casos y de acuerdo con los procedimientos que establezca una ley que se aprobará por dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa."

En la sentencia número 2018-12782, la Sala Constitucional reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo al declarar inconstitucional el inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, el cual prohibía este tipo de uniones e instó a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses adecuara el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcan-

ces y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. El Parlamento no promulgó la normativa respetiva por lo que, vencido ese plazo, las normas incompatibles fueron derogadas y actualmente en nuestro ordenamiento se permite el matrimonio y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

Por otra parte, la Sala Constitucional tiene amplias facultades para dimensionar o graduar los efectos en el tiempo, espacio y materia las sentencias estimativas para evitar graves dislocaciones a la seguridad, la justicia o la paz social. Nótese que en la sentencia número 2020-11961 se dimensionaron los efectos a futuro de la resolución tomando en cuenta la precaria situación de las finanzas públicas, acrecentada con motivo de la pandemia del Covid-19.

L. Bibliografía

Alpízar Matamoros, Vilma, "La Sala Constitucional 30 años después historia, logros y retos", *Revista Judicial Homenaje a la Sala Constitucional en su 30 aniversario*, San José, Costa Rica, núm. 127, diciembre de 2019, Corte Suprema de Justicia, pp. 203-218.

Arias Castro, Tomás Federico, "Antecedentes histórico-jurídicos de la Sala Constitucional: 1812-1989", *Revista Judicial "Homenaje a la Sala Constitucional en su 30 aniversario"*, San José, Costa Rica, núm. 127, diciembre de 2019, Corte Suprema de Justicia, pp. 183-212.

Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeo*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Brenes Barahona, Amelia y Martínez Barahona, Elena, "Cortes Supremas y Candidaturas Presidenciales en Centroamérica", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 158, octubre-diciembre de 2012, pp. 165-206.

Cappeletti Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale. (Con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco svizzero e austriaco)*, Roma, Giuffrè, 1955.

Cruz Castro, Fernando, "La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Jurídica IUS Doctrina*, Costa Rica, vol. 12, núm. 2, mayo a diciembre, 2019, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, pp. 1-29.

Figueroa Mejía, Giovanni, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

Giovannetti, Tommaso, y Belocci, Mario, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, p. 15. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. Palazzo della. Disponible en: «https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf». [Consultado el 11 de junio de 2010].

Gutiérrez Campos, Esteban, "La anulación de normas por conexidad. Una facultad olvidada por los Tribunales y Cortes Constitucionales", *Revista de Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, núm. 3/2021, Editorial IJ Editores. Disponible en: «<https://ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>».

Jensen Ghesquiere, David. "Una interpretación histórica del dimensionamiento de las sentencias de constitucionalidad", *Revista de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 3, 2021, pp. 82-101.

Jurado Fernández, Julio, "La Sala Constitucional: un Tribunal Constitucional en el seno del Poder Judicial", *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 1, julio de 2019, pp. 181-197.

Hernández Valle, Rubén, "La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional", *Revista Judicial*, San José, Corte Suprema de Justicia, núm. 92, julio de 1999, pp. 11-26.

_____, "La problemática de las sentencias normativas," *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 337-349.

_____, "Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional", *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 1, julio de 2019, pp. 7-18.

_____, *Ley de la Jurisdicción Constitucional comentada*. Editorial Juricentro, San José, 2019.

Lobo Jinesta, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones Guayaacán, San José, 2014

Malfatti, Elena *et al*, *Giustizia Costituzionale*, Turín, Giappichelli, Torino, 2010.

Miranda Bonilla, Haideer, *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*, Bogotá, Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, núm. 17, Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

_____, *La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica*, en Bagni Silvia, Figueroa Mejía, Giovanni, Pavani, Giorgia (coords.), *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Valencia, Tirant Lo Blanc, Tomo 2, 2017, pp. 1125 – 1158.

_____, *La protección de intereses difusos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional*, en Barrios Chavés, Luris y Barrios Gonzáles, Boris, (coords), *El constitucionalismo garantista en Iberoamérica*, Panamá, Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional y Barrios & Barrios Jurídica, 2017, pp. 45-88.

_____, *El reconocimiento de nuevos derechos por la Sala Constitucional de Costa Rica*, pp. 369-408, en Paz, Cecilia Martha, y Miranda Bonilla, Haideer, (coords.), *Constitucionalismo y nuevos derechos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, núm. 38 de la Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, 2019.

_____, *La Sala Constitucional de Costa Rica: composición, funciones, organización interna*, en Campanelli, Giuseppe y Romboli, Silvia, (coords), *Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto. Seminario interno del Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale, año 2018*, Pisa, University Press, 2020, pp. 253-266.

Peña Chacón, Mario, "Sentencias interpretativas en materia ambiental", *Revista Innovare de Ciencia y Tecnología*, vol. 3, núm. 2, 2014, pp. 26-40.

Piza Escalante, Rodolfo, "Una década de la nueva justicia constitucional en Costa Rica", *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, San José, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1999, pp. 11-48.

Pizzorusso Alessandro, "Le sentenze normative delle Corti costituzionali", *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, San José, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, núm. 1, 2000, pp. 25-49.

Rueda Leal, Paul, "Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad", *Revista Estudios Constitucionales*,

Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, vol. 2, núm. 1, 2004, pp. 323-335.

Romboli, Roberto, (a cura di). *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Turín, Editorial Giappichelli, 2009.

—————, *Justicia Constitucional, Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*, Lima, Palestra Editores, 2018.

—————, "La interpretación de la ley a la luz de la Constitución. La llamada «interpretación conforme» en las relaciones entre la Corte Costituzionale y los jueces ordinarios en Italia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)*, núm. 60, 2007, pp. 123-169.

—————, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, en AA.VV. *La Giustizia Costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Turín, Editorial Giappichelli, 2008, pp. 120 y ss.

Sagüés, Néstor, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, vol. 4, núm. 2, noviembre, 2006, pp. 189-2002.

Solano Carrera, Luis Fernando, *A veinte años de la Sala Constitucional: reflexiones sobre impactos, riesgos y desafíos*. Disponible en: «http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/015/info15_cap7.pdf».

12. Sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador

Wendy Molina Andrade*

* Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Docente universitaria 2012 hasta la fecha. Autora de libros y publicaciones especializadas en materia constitucional y administrativa. Jueza de la Corte Constitucional del Ecuador de 2012 a 2018.

SUMARIO: A. Las sentencias constitucionales; B. Características de las sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador; C. Tipos y efectos de sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador; D. Modulación de las sentencias constitucionales.

A. Las sentencias constitucionales

En general, la sentencia es el acto jurídico por el cual un juez expresa su decisión respecto de la controversia sometida a su conocimiento, decisión que resuelve las pretensiones de las partes litigantes y que pone fin al proceso; por consiguiente, la sentencia es *per se* el acto de administrar justicia.

El tratadista Devis Echandía define a la sentencia como el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado,¹ mientras establece con este criterio la naturaleza jurisdiccional y resolutive de la sentencia.

¹ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, 3a. ed., Argentina, Buenos Aires, Universidad S.R.L., 2004, p. 420.

Sumado a lo anterior, según Giuseppe Chiovenda la sentencia es la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien o lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien al demandado,² es decir, la sentencia es el medio por el que el juez aplica y materializa la ley ante un caso concreto.

Por su parte, Enrique Coello, al referirse a la sentencia, señala que es el acto solemne y el más importante de la Función Judicial, se emplea para resolver una controversia, para administrar la justicia, declarando la conformidad o inconvención de las pretensiones de las partes con el derecho positivo, con satisfacción a la tesis que resulte protegida por la norma general.³

De lo expuesto, se deduce que la sentencia es el acto por el que un juez administra justicia, por esta razón, sobre esta línea de pensamiento, la sentencia constitucional debe concebirse como el acto mediante el cual un juez con jurisdicción y competencia constitucional administra justicia en esta materia, por consiguiente, al referir a la sentencia constitucional, necesariamente se debe aludir también a la justicia constitucional, por cuanto es la fuente de donde provienen las sentencias constitucionales.

De acuerdo al criterio de Hans Kelsen, la justicia constitucional es una jurisdicción especializada encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes.⁴ Por otro lado, se sostiene que la justicia constitucional es una jurisdicción especializada encargada de aplicar la Constitución.⁵ A lo

² Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Distrito Federal, Oxford University, 2002, p. 399.

³ Coello, Enrique, *Sistema procesal civil*, Quito, Ecuador, Universidad Particular de Loja, vol. II, 2005, p. 39.

⁴ Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 237.

⁵ Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 15.

que se debe añadir el criterio de Manuel Aragón quien de manera más completa señala que la justicia constitucional se refiere a la totalidad de la actividad judicial de aplicación de la Constitución, ya sea realizada por tribunales especializados o por tribunales ordinarios, ya sea practicada de forma concentrada o difusa.⁶

En definitiva, la justicia constitucional es aquella que tiene por objeto asegurar la vigencia y la supremacía de la Constitución, bajo el entendimiento de que ésta es una verdadera norma superior, capaz de limitar el poder mediante el derecho, de garantizar jurídicamente la soberanía popular y, por ello, de ser fuente inmediata de los derechos de los ciudadanos.⁷

En Ecuador existe un órgano especializado al que la Constitución le otorga la potestad de administrar justicia en materia constitucional denominado Corte Constitucional, mismo que funge como el máximo ente de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; está compuesto por nueve magistrados elegidos mediante concurso público con veeduría e impugnación ciudadana de entre candidatos enviados por la Función Ejecutiva, la Función Legislativa y la Función de Transparencia y Control Social.

El establecimiento de una Corte Constitucional como ente especializado y máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional en el Ecuador es relativamente nuevo, dado que nace en 2008 con la promulgación de una nueva Constitución que instauró en el país el modelo de *estado constitucional de derechos y justicia*, con el cual, la Carta Magna adquiere un papel preponderante, al convertirse en una verdadera norma suprema que es directamente aplicable, fuente de derechos y garantía de las personas frente a los excesos del poder público. Así pues, en este escenario, la Corte Constitucional se convierte en el

⁶ Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, p. 237.

⁷ *Ibidem*, p. 243.

órgano que está llamado a preservar la vigencia y la supremacía de la Constitución, de allí su importancia para el actual modelo de estado.

En este contexto, al referirse a la Corte Constitucional del Ecuador, Carlos Castro manifiesta que la nueva Constitución es la expresión de un nuevo momento histórico por el que atraviesa la sociedad ecuatoriana, momento al que también pertenece la Corte Constitucional, órgano llamado a ser el garante de los derechos. De esta forma, la Corte Constitucional viene a ser la esencia y garantía de permanencia y vigencia del Estado constitucional de derecho.⁸

Como se advierte, la razón de ser del máximo organismo de administración de justicia constitucional básicamente es garantizar que las disposiciones establecidas en la Constitución se cumplan en la realidad, es decir, que todos los miembros que integran el Estado cumplan y respeten sus prescripciones normativas, tanto los poderes del Estado como los ciudadanos. De esta manera, es preciso señalar que la Corte Constitucional cumple con su razón de ser, a través de sus sentencias y dictámenes constitucionales.

Humberto Nogueira afirma que las sentencias de un tribunal o de una corte constitucional son actos procesales que ponen término a un proceso, por parte de un órgano colegiado que constituye la instancia suprema constitucional.⁹ Por su lado, Marco Monroy Cabra indica que la sentencia constitucional es el acto procesal con el cual culmina el proceso constitucional y la forma como los tribunales constitucionales interpretan la Constitución.¹⁰

⁸ Ávila Santamaría, Ramiro *et. al.*, *Desafíos constitucionales: La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 112.

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales", en *Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas*, Bogotá, Colombia, febrero 2001, pp. 369-382.

¹⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 22.

Además, la sentencia constitucional es un acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso; una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho, sin olvidar su dimensión política. Para el efecto, su formulación ha de ir precedida de una actividad mental en la que interviene la sensibilidad, inteligencia y cultura del juez, según lo sostiene Ángel Garrorena Morales.¹¹

Entonces, en consideración a los criterios doctrinales citados y a la realidad ecuatoriana, las sentencias constitucionales son los actos emitidos por un órgano especializado llamado Corte Constitucional que resuelve asuntos de naturaleza y trascendencia constitucional y que tiene por objeto garantizar la supremacía y la plena vigencia de la Constitución. Las sentencias constitucionales constituyen el mecanismo en que se expresa la Corte Constitucional para asegurar el respeto a la carta constitucional y por ende la vigencia del estado constitucional.

B. Características de las sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador

Las sentencias constitucionales son las decisiones que expide la Corte Constitucional en ejercicio de las competencias y atribuciones que le han sido asignadas por mandato de la Constitución; se caracterizan, en lo principal, por dos rasgos distintivos: 1. Poseen el carácter vinculante al ser de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades públicas del Estado; y, 2. Están revestidas de la calidad de cosa juzgada, dado que son de última instancia y en contra de ellas no cabe recurso jurídico alguno.

En efecto, la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional está reconocida de forma expresa tanto a nivel constitucional como a nivel legal en Ecuador. El artículo 436 de la Constitución de la Repú-

¹¹ Garrorena Morales, Ángel, "La sentencia constitucional", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, España, número 11, 1981, pp. 7-28.

blica reconoce que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación constitucional y, por ende, sus decisiones tienen el carácter vinculante. De la misma manera, el artículo 187 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la norma que rige la materia constitucional en el país, determina que las sentencias y dictámenes constitucionales expedidos por el órgano especializado en materia constitucional poseen fuerza vinculante.

La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales significa que los criterios y los parámetros plasmados por la Corte Constitucional en la resolución de casos sometidos a su conocimiento son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos que componen el sector público, en particular, para las autoridades encargadas de administrar justicia.

En efecto, la fuerza vinculante de una sentencia constitucional se materializa cuando se presentan situaciones o controversias análogas a hechos que previamente ya fueron objeto de conocimiento y resolución por parte del máximo organismo de administración de justicia constitucional y, que, al haber sido resueltas con anterioridad, existe un criterio jurídico constitucional sobre el asunto que es aplicable a situaciones futuras; en estos casos, recae sobre la autoridad pública, ante quien se presenta el hecho análogo, la obligación de aplicar y actuar conforme el precedente o criterio sentado por el organismo constitucional.

Al respecto, José Rivera Santiváñez expresa que la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se refiere a la obligatoriedad horizontal (para el propio Tribunal o Corte Constitucional o tribunales ordinarios de su misma jerarquía), y vertical (para los jueces y tribunales de jerarquía inferior) que despliega la parte de la *ratio decidendi* de una sentencia constitucional.¹²

¹² Rivera Santiváñez, José Antonio, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno", en *Estudios constitucionales*, Santiago, vol. 4, núm. 2, noviembre 2006, pp. 585-609.

A lo manifestado, Pablo Dermizaky añade que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional significa que la doctrina constitucional creada, así como las sub-reglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las sentencias constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público.¹³

Bajo este marco de ideas, se evidencia que la fuerza vinculante de las decisiones constitucionales genera una suerte de fuente de derecho, debido a que los parámetros y criterios establecidos por la Corte Constitucional a través de sus sentencias y dictámenes constituyen normas de obligatorio cumplimiento que pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y que están llamadas a ser cumplidas por todos los organismos que integran el sector público.

Carlos Bernal Pulido, al referirse a este tema indica que dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados, y su conexión con la política y la ideología, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos que es lo que está constitucionalmente prescrito; esa red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución; es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica.¹⁴

Es decir, el precedente constitucional permite concretar la abstracción de las disposiciones constitucionales en casos concretos y al hacerlo la Constitución puede ser aplicada en la realidad, con lo que se materializa el ideal del estado constitucional que la concibe como una norma jurídica superior directamente aplicable. Los precedentes constitucionales

¹³ Dermizaky Peredo, Pablo, "Efectos de las sentencias constitucionales", en *Revista boliviana de derecho*, Santa Cruz, Bolivia, núm. 8, julio 2009, pp. 6-26.

¹⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 155.

dan cuerpo a los principios establecidos en ella, por lo que tales decisiones pasan a formar parte del ordenamiento jurídico y constituyen una fuente del derecho de obligatorio cumplimiento que vinculan al resto de poderes públicos.

Es importante enfatizar que en Ecuador el precedente constitucional vinculante alude a una sola sentencia emanada del órgano constitucional y no necesariamente a un conjunto de sentencias que reiteraron un mismo criterio de derecho respecto de hechos similares, a diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 2.3 clarifica este asunto, al momento en que establece como un principio de la justicia constitucional la obligatoriedad del precedente y señala que los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante y que la Corte únicamente podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada cuando se garantice la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

Vladimir Bazante sobre este asunto cita a la Corte Constitucional para el Período de Transición y menciona que el organismo constitucional etiquetó como vinculante a una sola sentencia, en el sentido de considerar a la regla o sub-regla que de ella emana como fuente de derecho.¹⁵ Por tal motivo, la vinculación se sustenta en el poder que asiste a la Corte Constitucional como órgano de cierre que expide decisiones que condicionan a todos los órganos del poder público y a sí misma, pese a que, en este aspecto, la característica vinculante de sus sentencias pueda ser modificada de manera motivada de acuerdo a las circunstancias del caso sometido a su decisión.

¹⁵ Pita Bazante, Vladimir, *El precedente constitucional*, Quito, Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2015, p. 13.

Finalmente, en cuanto a la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales es pertinente citar el criterio que la Corte Constitucional esgrimió al respecto al sostener lo siguiente:

El alcance vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional debe ser examinado desde un análisis convergente de dos criterios. En primer lugar, desde la hermenéutica lingüística, el significado de vinculante tiene relación con someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa, es decir, corresponde, en materia jurídica fundamentar una resolución actual en criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Por otra parte, el alcance de vinculante debe ser examinado también a la luz de la calidad de órgano de cierre en la que se constituye la Corte Constitucional, es decir, en virtud de su calidad de intérprete máximo, sus resoluciones vinculan a los otros intérpretes de la Constitución. Entonces, el carácter constitucional de vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional.¹⁶

En definitiva, el término vinculante que caracteriza a las sentencias constitucionales no es sino la fuerza jurídica que la Constitución y la ley confieren a las decisiones expedidas por la Corte Constitucional, para que sean acatadas por el resto de los poderes públicos que integran el Estado. Así, bajo el entendimiento de que es la norma suprema, sus postulados se materializan en la realidad, a través de las sentencias que en esta materia expide el organismo especializado en el ramo, las mismas que constituyen fuente de derecho, a la que, de manera obligatoria deben sujetarse las autoridades públicas, especialmente, las autoridades juris-

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Número 045-11-SEP-CC, *Registro Oficial* N°. 601, Segundo Suplemento, 24 de noviembre de 2011, pp. 82-83.

dicionales, cuando ante ellas se presente un caso análogo respecto del cual existe un pronunciamiento previo plasmado en un fallo constitucional.

Otro rasgo distintivo de las sentencias constitucionales es que están revestidas de la calidad de cosa juzgada, pues son expedidas por el máximo organismo de administración de justicia constitucional en calidad de órgano de cierre y respecto de las cuales no cabe recurso jurídico alguno.

Sobre este tema, el tratadista Eduardo Couture concibe a la cosa juzgada como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.¹⁷ De modo similar, el procesalista Devis Echandía percibe a la cosa juzgada como la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen aquélla, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto.¹⁸

De lo señalado, se colige que la cosa juzgada en términos generales debe ser considerada como un atributo que la Constitución y la ley confieren a las decisiones emanadas por los jueces y que tiene por objetivo asegurar que un asunto que ha sido decidido y respecto del cual se han agotado los recursos jurídicos disponibles no pueda volver a ser discutido y modificado. De este modo, la cosa juzgada preserva la seguridad jurídica y evita un doble juzgamiento.

Sobre esta línea de pensamiento, las sentencias expedidas por la Corte Constitucional también gozan del atributo de la cosa juzgada, en razón de que en Ecuador el organismo especializado en materia constitucional está revestido de la calidad de máximo órgano de interpretación, control y

¹⁷ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 326.

¹⁸ Echandía, Devis, *op. cit.*, p. 454.

administración de justicia constitucional, es decir, por sobre aquél no existe un órgano jurisdiccional superior en el Estado que pueda revisar o modificar sus decisiones, en consecuencia, contra las sentencias que provienen de la Corte Constitucional no cabe recurso jurídico alguno, por lo que los poderes públicos una vez emanada la decisión constitucional deben someterse a su contenido.

En este sentido, cuando Juan Colombo alude a la cosa juzgada como una propiedad de las sentencias constitucionales afirma lo siguiente:

Es de la esencia de todo proceso que los efectos de la sentencia que le pone término se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible, o sea, que produzca cosa juzgada; que las sentencias emanadas de los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, de competencia de los Tribunales Constitucionales, producen cosa juzgada sustancial y absoluta, con efecto *erga omnes*; por lo tanto, lo resuelto no puede volver a debatirse.¹⁹

Concordante con el criterio citado, José Rivera Santiviáñez señala que en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la Constitución otorga la calidad de cosa juzgada constitucional a las sentencias emitidas por el órgano encargado del control de constitucionalidad, especialmente de aquellas que son pronunciadas en el ámbito del control normativo, es decir, en los recursos de inconstitucionalidad.²⁰

Así mismo, al abordar la cosa juzgada como una característica de las decisiones constitucionales, la doctrina refiere que la calidad de definitivas da a dichas resoluciones la autoridad de cosa juzgada constitucional; cosa juzgada que, al igual que en la justicia ordinaria, responde a la

¹⁹ Colombo Campbell, Juan, "Las sentencias constitucionales: tipología y efectos", en *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina. Presente y Prospectiva*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 285-363.

²⁰ Rivera Santiviáñez, José Antonio, *op. cit.*, pp. 585-609.

necesidad de certeza, seguridad y coherencia con que debe desarrollarse la administración de justicia, pues, de lo contrario, las controversias no terminarían nunca y nadie sabría a qué atenerse.²¹

Se tiene entonces como resultado que la fuerza vinculante y el atributo de cosa juzgada son propiedades que caracterizan a las sentencias dictadas por la Corte Constitucional que les dotan de fuerza jurídica y eficacia en la realidad, pues, por una parte, vinculan de manera obligatoria con su contenido al resto de poderes del Estado; y, por otro lado, permiten que la Corte Constitucional se consolide como el máximo intérprete y órgano de administración de justicia en materia constitucional, lo que reconoce su calidad de órgano de cierre y la inmutabilidad de sus decisiones.

C. Tipos y efectos de sentencias constitucionales de la Corte Constitucional del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador otorga múltiples y diversas competencias a la Corte Constitucional para preservar la supremacía y la vigencia de sus disposiciones. Las facultades que han sido conferidas al órgano constitucional pueden sintetizarse básicamente en dos: *a.* Ejercer el control de constitucionalidad y, *b.* Conocer garantías jurisdiccionales de protección de derechos. Así, al ejercer cada una de estas competencias, el organismo de administración de justicia constitucional expide sentencias con efectos jurídicos diversos.

Es importante establecer que el ejercicio del control de constitucionalidad, a su vez, está compuesto por el control abstracto de constitucionalidad y el control concreto de constitucionalidad. El primero, según el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia

²¹ Dermizaky Peredo, Pablo, *op. cit.*, pp. 6-26.

del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico; mientras que, el segundo, de acuerdo al artículo 141 de la norma *ibídem* tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

La Corte Constitucional ejerce control abstracto de constitucionalidad cuando examina el contenido de una norma jurídica secundaria para verificar si es compatible con la Constitución. En caso de determinar que es incompatible, emitirá una sentencia estimatoria y declarará su inconstitucionalidad mientras la invalida del ordenamiento jurídico; caso contrario, dictará una sentencia desestimatoria, y declarará su constitucionalidad y permanencia dentro del ordenamiento jurídico.

Mediante sentencia, la propia Corte Constitucional ha referido que tiene la atribución de identificar la existencia de incompatibilidades lógicas entre normas secundarias y la Constitución, sin que dicho análisis se realice respecto de un caso concreto, sino mediante un examen desligado del sujeto; es decir, un examen abstracto de la norma,²² lo que lleva a afirmar que el control abstracto, como su propio nombre lo indica, se produce a partir del contenido de la norma en general y su compatibilidad o no con la Constitución.

Las sentencias que se dictan a propósito del ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten el efecto de cosa juzgada y producen efectos generales hacia futuro de carácter vinculante. Al respecto, Pedro Sagüés manifiesta que en las sentencias de control abstracto de constitucionalidad los efectos son *ex nunc*, lo que implica que sólo rigen hacia el futuro, de manera que la ley sí existió al interior del ordenamiento

²² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 018-15-SIN-CC, *Registro Oficial* N°. 301, Segundo Suplemento, 15 de noviembre de 2015, p. 57.

jurídico y en consecuencia surtió efectos, no obstante, al pasar por el examen de constitucionalidad que es realizado por la Corte o Tribunal Constitucional queda por fuera del ordenamiento.²³

Rivera Santiváñez manifiesta que en el marco del modelo kelseniano de la legislación negativa, las sentencias estimativas que declaran la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada tienen un alcance general o *erga omnes*, cuyo efecto inmediato es derogatorio o abrogatorio, conforme corresponda, es decir, será derogatorio cuando la inconstitucionalidad alcanza a una parte de la ley, decreto o resolución impugnadas, y abrogatorio cuando la inconstitucionalidad alcanza a la totalidad de la ley, decreto o resolución,²⁴ es decir, se destaca el efecto y alcance general que producen las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, como un atributo que únicamente puede pertenecer y ser ejercido por el máximo organismo de administración de justicia constitucional.

Así pues, cuando la Corte Constitucional haya dictado una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, el efecto que se produce es que ninguna autoridad pública del Estado puede aplicar el contenido de norma jurídica secundaria que ha sido declarada inconstitucional, mientras el fundamento que motivó la sentencia constitucional permanezca.

En caso de que el máximo organismo de administración de justicia constitucional haya expedido sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad en la que la Corte ha ejercido un control integral de constitucionalidad, el efecto que se produce es que la norma jurídica secundaria permanecerá dentro del ordenamiento jurídico y no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad en contra de ella, en tanto el fundamento de la sentencia constitucional subsista.

²³ Sagüés, Néstor Pedro, "Justicia Constitucional y Control en América Latina", en L. Guerra López, *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Ecuador, 2002, pp. 169-200.

²⁴ Rivera Santiváñez, José Antonio, *op. cit.*, pp. 585-609.

Si la Corte Constitucional no ha ejercido un control integral de constitucionalidad respecto de la norma acusada como inconstitucional y ha dictado sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, no se podrán formular nuevas demandas contra el precepto normativo acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.

Las sentencias de control abstracto de constitucionalidad por regla general producen efectos generales hacia el futuro. Sólo de manera excepcional y motivada se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Por otra parte, también está el control concreto de constitucionalidad que se activa durante la tramitación de un proceso judicial, cuando en el razonamiento del juez que conoce la causa surge una duda razonable respecto de la constitucionalidad de la norma jurídica secundaria a aplicarse en el caso concreto. En este evento, el juez que conoce la causa, ya sea de oficio o a petición de parte, debe elevar en consulta a la Corte Constitucional, de manera razonable y motivada, la inquietud respecto a la constitucionalidad de la norma jurídica a fin de que sea ésta la que resuelva la controversia de constitucionalidad; de esto se colige que en el Ecuador rige un sistema concentrado de constitucionalidad, pues el único órgano facultado para pronunciarse y decidir sobre la constitucionalidad de una norma es la Corte Constitucional mediante sentencia.

Según Fabio Pulido, en el control constitucional concreto se faculta a los jueces para analizar la constitucionalidad de las normas que deben aplicar en el caso concreto, y para negarse a aplicarla si encuentran que son inconstitucionales.²⁵

²⁵ Pulido Ortiz, Fabio Enrique, "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, Colombia, vol. XIV, núm. 27, enero-junio, 2011, pp. 165-180.

A lo manifestado, cabe agregar el criterio de Aguiar de Luque que indica que el control concreto de constitucionalidad es aquel que surge a raíz de un caso concreto en el que el juez ordinario encuentra que la aplicación de una norma puede resultar inconstitucional en relación con el caso objeto de análisis, este hallazgo puede ser resultado de que el juez lo evidencie o una de las partes lo alegue, y es a partir de esto que debe remitir al órgano que tiene la competencia para hacer el análisis constitucional,²⁶ por lo que la naturaleza del control concentrado es de carácter incidental, es decir, se produce a partir del conocimiento de un caso concreto.

Carla Huerta de manera específica añade que el control concreto se refiere a una consulta que el juez o tribunal puede presentar, para determinar si se aplica o no la ley según su constitucionalidad, es decir, no es necesario que la parte agraviada esté inconforme, sino que basta con que la autoridad que debe aplicar la norma se percate de la inconstitucionalidad de la misma, para que inicie el procedimiento de declaración de constitucionalidad de la norma en cuestión,²⁷ por lo tanto, en estos eventos, los jueces ordinarios no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la norma, pues deben limitarse a elevar en consulta su duda razonable a la Corte Constitucional, para que ejerza el respectivo control de constitucionalidad y emita su sentencia.

Las sentencias que la Corte Constitucional pronuncia a propósito del ejercicio del control concreto de constitucionalidad producen efectos generales que rigen a futuro, esto cuando la decisión se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica consultada con las normas constitucionales.

²⁶ Aguiar de Luque, Luis, "Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional", en *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2002, pp. 201-228.

²⁷ Huerta, Carla, "El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional", México, Distrito Federal, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 93, 1998, p. 725.

Sin embargo, en el evento que la decisión constitucional se pronuncie exclusivamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, la sentencia constitucional producirá efectos entre las partes y para casos análogos, para cuyo efecto la Corte Constitucional deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

En el control de constitucionalidad tanto abstracto como concreto, así como dentro de cualquier otro proceso de competencia de la Corte Constitucional puede dictar sentencias estimatorias en las que declara la inconstitucionalidad de normas conexas, esto significa que el organismo constitucional puede establecer la inconstitucionalidad de normas por conexidad y de oficio. Por ello, el ejercicio del control conexo oficioso supone un análisis integral de constitucionalidad respecto de la norma jurídica que no se limita a ella, sino que se extiende también a todo el universo jurídico con el que se relaciona.

Por otra parte, es importante destacar que la Corte Constitucional del Ecuador también emite sentencias constitucionales a propósito del conocimiento y resolución de garantías jurisdiccionales de protección de derechos. En efecto, la Constitución de la República del Ecuador promulgada en 2008 otorgó al máximo organismo de administración de justicia la potestad de conocer y resolver garantías jurisdiccionales tendientes a proteger derechos de las personas frente a los abusos o arbitrariedades en que pudiese incurrir el Estado en el ejercicio del poder público o de particulares según cada caso.

Las garantías jurisdiccionales son los mecanismos que la Constitución y la ley prevén para asegurar que los derechos reconocidos dentro del Estado de Derecho se cumplan efectivamente en la realidad. Las garantías jurisdiccionales se activan cuando la autoridad pública ha vulnerado un

derecho constitucional o ha omitido un mandato establecido constitucionalmente, se activan ante una autoridad judicial a fin de que sea esta la que asegure la vigencia del derecho o la aplicación material de la disposición constitucional.

Sobre este tema María Añón indica que las garantías jurisdiccionales pueden entenderse como deberes secundarios de actuación que las normas constitucionales encomiendan a órganos jurisdiccionales en caso de insuficiencia o incumplimiento de las garantías primarias, sean estos administrativos o legales.²⁸ En esta definición se observa que la tratadista alude a las garantías jurisdiccionales de manera general, es decir, no necesariamente las garantías jurisdiccionales sólo pueden existir en materia constitucional y ser aplicadas por autoridades especializadas en materia constitucional, sino también las garantías jurisdiccionales pueden versar sobre materia de justicia ordinaria, las que pueden activarse en el campo civil, laboral, administrativo, entre otros.

Ya en referencia específica a las garantías jurisdiccionales en materia constitucional, Arciniega expresa lo siguiente:

En las democracias constitucionales los jueces son los principales protectores de los derechos reconocidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. Para hacer efectiva esta protección, verifican que los actos del Estado o los particulares se ajusten a la Constitución y lo hacen tramitando y decidiendo las acciones de garantía. Las garantías son instrumentos o mecanismos que tienen un carácter reactivo. El ciudadano puede utilizarlos para exigir el restablecimiento o preservación de sus derechos constitucionales cuando estos hayan sido vulnerados.²⁹

²⁸ Añón, María, *La Universalidad de los derechos sociales: El reto de la migración*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 235.

²⁹ Arciniega, H., *Garantías constitucionales No. 3, programa de divulgación constitucional con la ciudadanía*, Quito, Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 17.

En definitiva, de los criterios expuestos, se puede sostener que las garantías jurisdiccionales buscan la protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos, a través de un rol activo de los jueces, rol que se activa cuando los derechos han sido vulnerados o inobservados por una autoridad estatal en ejercicio de sus actividades públicas y, por tal razón, el ciudadano acude ante la administración de justicia para exigir su cumplimiento.

En Ecuador existen varias garantías jurisdiccionales destinadas a la protección de derechos. Entre ellas se encuentran: 1. Acción de protección, 2. Acción de *habeas corpus*, 3. Acción de *habeas data*, 4. Acción de acceso a la información pública, 5. Medidas cautelares, ya sean autónomas o en conjunto, 6. Acción extraordinaria de protección, 7. Acción por incumplimiento de normas, y 8. Acción de incumplimiento de dictámenes y sentencias constitucionales.

Es preciso especificar que el conocimiento y resolución de las cuatro primeras garantías jurisdiccionales citadas, así como de la quinta cuando es autónoma o en conjunto con alguna de las primeras cuatro garantías, no le corresponde conocer ni resolver a la Corte Constitucional, sino a jueces de instancia que temporalmente se convierten en jueces constitucionales ante la activación de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos; y, por este motivo, adquieren la potestad para dictar sentencias en materia constitucional. En estos casos, se advierte la existencia de un control difuso en materia de garantías jurisdiccionales, pues la tutela de los derechos constitucionales no está encomendada de manera exclusiva a la Corte Constitucional, sino que también esta potestad les corresponde a los jueces ordinarios que frente a las garantías jurisdiccionales asumen el rol de jueces constitucionales.

Por su parte, las garantías de acción extraordinaria de protección, ya sea contra decisiones de la justicia ordinaria o de la justicia indígena, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento, son de exclusivo

conocimiento de la Corte Constitucional, producto de su conocimiento, el máximo organismo de administración de justicia constitucional puede expedir sentencias constitucionales con diversos alcances y efectos. Así, la acción extraordinaria de protección es una garantía que se activa en contra de sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, es decir, como su propio nombre lo indica, es una garantía extraordinaria de carácter excepcional que se presenta ante Corte Constitucional, cuando se han extinguido todos los recursos que el ordenamiento jurídico prevé para impugnar actuaciones judiciales, pues su carácter es residual.

Cuando Carmen Estrella alude a la acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional se expresa en los siguientes términos:

Si la función de los jueces es garantizar los derechos e intereses ciudadanos en estricta observancia de los mandatos constitucionales, cuando esas garantías jurisdiccionales ordinarias de la Constitución fallan, precisamente por vulnerar derechos, es procedente la activación de una garantía jurisdiccional extraordinaria que permita revisar tales decisiones, a fin de proteger adecuadamente los derechos que resultaren vulnerados por los referidos funcionarios de la función judicial en las decisiones que adopten, concretamente, al dictar sentencias y autos definitivos, por inobservancia de las prescripciones de la Constitución.³⁰

Por su parte, Rafael Oyarte manifiesta con relación a la acción extraordinaria de protección que en principio podría parecer que su naturaleza se encuentra más cercana a la de un recurso que a la de una acción, aunque no sólo que esta garantía se encuentra vedada para ejercerla como una

³⁰ Estrella, Carmen, *La acción extraordinaria de protección*, Quito, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2010, p. 58

suerte de cuarta instancia, sino que no consiste en una etapa dentro del mismo juicio.³¹

Las sentencias que la Corte Constitucional puede pronunciar como consecuencia del conocimiento de una acción extraordinaria de protección pueden tener efectos y alcances diversos. En primer lugar, cabe anotar que como toda sentencia constitucional que ha sido expedida por el máximo órgano de administración de justicia en esta materia está dotada del atributo de cosa juzgada, en virtud que es de última instancia y, consecuentemente, en contra de esta decisión no cabe recurso alguno dentro del ordenamiento jurídico interno.

En segundo lugar, la sentencia constitucional de acción extraordinaria de protección, por regla general, es vinculante para las partes que intervinieron en el proceso (*inter partes*), esto, sin perjuicio de que la Corte Constitucional pueda otorgarle a la sentencia un efecto vinculante de carácter general, cuando producto del conocimiento de la acción extraordinaria de protección detecta que de por medio existe un asunto con notable relevancia constitucional que amerita el establecimiento de un precedente jurisprudencial de carácter obligatorio con efectos *erga omnes*.

En tercer lugar, las decisiones constitucionales en materia de acción extraordinaria de protección producen efecto retroactivo, porque el objeto de esta garantía jurisdiccional, precisamente, radica en reparar la violación de derechos que producto de la actividad pública ha recaído en contra del ciudadano y ha retrotraído los efectos nocivos al momento anterior de la violación de derechos constitucionales. En este sentido, Luis Cueva agrega que la naturaleza de la acción extraordinaria de protección consiste en que la vulneración de derechos constitucionales no queden en la impunidad, por lo que tras asumir el espíritu tutelar de la vigente Carta Fundamental, mediante esta acción excepcional se permite que las

³¹ Oyarte, Rafael, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*, Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 60.

sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas puedan ser objeto de revisión por parte del más alto órgano de control constitucional en el país como es la Corte Constitucional.³²

En ocasiones la Corte Constitucional a través de una acción extraordinaria de protección puede dictar sentencias de mérito, es decir, decisiones constitucionales en las que su papel no se limita a revisar las actuaciones de las autoridades judiciales dentro del proceso judicial, sino que, además, de manera excepcional, cuando se trate de garantías jurisdiccionales de protección de derechos y se verifiquen ciertos requisitos podrá revisar las actuaciones de las autoridades demandadas que dieron origen a la controversia, con lo que puede pronunciarse respecto al origen del litigio constitucional.

En la sentencia 176-14-EP/19, la Corte Constitucional a propósito de las sentencias de mérito estableció varios criterios de importancia sustancial al expresar lo siguiente:

Quando el proceso originario es una garantía jurisdiccional, el objeto del litigio es necesariamente de orden constitucional toda vez que dichas concebidas por el constituyente para tutelar derechos constitucionales vulneración a los mismos. Por lo cual, tanto el proceso originario de una garantía jurisdiccional como el de la acción extraordinaria de protección están dirigidos a solventar un problema de índole constitucional. Considerando lo anterior y que esta Corte es el máximo organismo de justicia constitucional, encargado de enmendar las vulneraciones de derechos puestas a su conocimiento, excepcionalmente y de oficio podría revisar lo decidido en el proceso originario de una garantía jurisdiccional, es decir, realizar un control de méritos, cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) que la autoridad judicial inferior haya violado el debido proceso u otros derechos de las partes en el fallo impugnado o durante la prosecución del juicio,

³² Cueva, Luis, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Quito Ecuador, Cueva Carrión, 2011, p. 175.

lo cual es propio del objeto de la acción extraordinaria de protección; (ii) que *prima facie*, los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial inferior; y, (iii) que el caso no haya sido seleccionado por esta Corte para su revisión. Adicionalmente, como la ampliación del ámbito de actuación de la Corte en la acción extraordinaria de protección es excepcional, debe tenerse como cuarto presupuesto para el control de méritos que el caso al menos cumpla con uno de los criterios que a continuación se indican: gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia nacional o la inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo.³³

Además de conocer y resolver acciones extraordinarias de protección, la Corte Constitucional como parte de sus atribuciones dentro de las garantías jurisdiccionales conoce la denominada acción por incumplimiento. Dicha acción está consagrada a nivel constitucional y tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Eduardo Rozo refiriéndose a esta garantía dice que tiene como fin primario la realización efectiva de la Constitución y las leyes por parte de las autoridades públicas o los particulares, pero más allá de su importancia fundamental, nos dice su filosofía que está a la base de esta garantía es la de la protección judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas y de la sociedad, el acceso completo a la justicia para lograr la mayor efectividad en el respeto de los derechos humanos y constitucionales.³⁴

³³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 176-14-EP/19, caso No. 176-14-EP/19, emitida el 16 de octubre de 2019.

³⁴ Rozo Acuña, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 349.

Juan Esguerra determina que el propósito de la acción por incumplimiento es que el administrado acuda ante la Corte Constitucional con el fin de obtener de la administración pública el cumplimiento de normas constitucionales, para velar de esta manera que las actuaciones y decisiones estatales no queden en simples declaraciones de buena voluntad.³⁵

Las sentencias constitucionales que se expiden dentro de las acciones por incumplimiento tienen por esencia garantizar la seguridad jurídica al asegurar que tanto las normas que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano como las sentencias expedidas por organismos internacionales de derechos humanos se cumplan en la realidad y no queden como meros enunciados sin concreción material. Estas decisiones constitucionales están dotadas del atributo de cosa juzgada por ser dictadas por el máximo organismo de administración de justicia constitucional y por cuanto en contra de ellas no cabe recurso alguno.

Adicionalmente, en estos casos, las decisiones constitucionales por lo general gozan de fuerza vinculante para las partes procesales, es decir, generan efectos *inter partes*, lo cual no impide que la Corte Constitucional, en el evento que el caso lo amerite, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, pueda a partir del conocimiento de una acción por incumplimiento expedir una sentencia vinculante con efectos generales, esto es, de carácter *erga omnes* de cumplimiento obligatorio para todos los poderes públicos.

La sentencia de acción por incumplimiento busca que se cumpla con la norma o la sentencia que contiene una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible, por lo tanto, el efecto de la decisión rige para futuro, y por ello en su parte dispositiva dispondrá que en un término perentorio la autoridad pública aplique la norma o cumpla con la sen-

³⁵ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Bogotá, Colombia, Legis Editores S.A., 2005, p. 179.

tencia, bajo el apercibimiento de las sanciones a que hubiere lugar por la inobservancia de la sentencia constitucional.

La Constitución de 2008 también otorga a la Corte Constitucional la competencia para conocer la acción de incumplimiento de sentencias, acción que si bien tiene un nombre similar a la acción por incumplimiento que fue analizada en líneas anteriores, su objeto es distinto, porque persigue asegurar la ejecución integral de las sentencias dictadas en materia constitucional, por lo tanto, su activación ante la Corte Constitucional procede cuando las sentencias constitucionales no han sido ejecutadas o su ejecución no ha sido integral, es decir, ha existido una ejecución defectuosa.

Ante la interposición de una acción de incumplimiento, la Corte Constitucional examinará si el mandato jurisdiccional contenido en la sentencia constitucional ha sido ejecutado en su integridad por la autoridad o autoridades públicas llamadas a cumplirla, de esta manera, en caso de verificar que la sentencia constitucional no ha sido ejecutada o ha sido ejecutada de manera defectuosa dictará sentencia declarando el incumplimiento de la decisión constitucional y establecerá las medidas de reparación integral que el caso amerite, con la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, cuando se verifique que existió negligencia por parte de la autoridad pública con relación a la ejecución de la sentencia constitucional.

En general tras haber referido a las garantías jurisdiccionales de competencia de la Corte Constitucional, el contenido mínimo que deben contener lo determina el artículo 86 numeral tercero de la Constitución, en concordancia con el artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mismo que enfatiza la importancia de tras declarar la vulneración de un derecho constitucional, ordenar las medidas de reparación integral, material e inmaterial relativas a cada caso, con la individualización de las obligaciones positivas y negativas

a cumplir a cargo de la persona obligada a cumplirlas y las circunstancias en que deban cumplirse.

Adicionalmente, la Corte Constitucional posee entre sus competencias la facultad de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante de cumplimiento obligatorio, a partir de la selección y revisión de sentencias constitucionales ejecutoriadas expedidas dentro de procesos de garantías jurisdiccionales remitidas por mandato constitucional por los jueces constitucionales que ejercen funciones de jueces constitucionales.

Para este propósito, dentro del máximo organismo de administración de justicia constitucional existe una sala de selección integrada por tres jueces constitucionales que se encargará de seleccionar las sentencias constitucionales que pasarán a la revisión respectiva a efectos de la generación posterior de jurisprudencia vinculante. Los criterios empleados para seleccionar las sentencias constitucionales son los siguientes a) Gravedad del asunto, b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional y d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

Una vez que se han seleccionado las sentencias constitucionales, éstas pasan a fase de revisión en donde son analizadas por la sala de revisión que está integrada por tres jueces constitucionales, quienes son los encargados de formular los proyectos de sentencias que luego de ser aprobados por el Pleno de la Corte Constitucional constituyen jurisprudencia vinculante de obligatorio cumplimiento y fuente de derecho dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esa es la finalidad de este proceso, sin embargo, de manera excepcional mediante este mismo proceso se puede hacer una revisión de la sentencia seleccionada. Sin perjuicio de lo dicho, de conformidad con el artículo 436 numeral sexto de la Constitución estas reglas jurisprudenciales no sólo pueden surgir a partir del proceso de selección y revisión conforme lo señalado, sino que está facultada para realizarlo a partir de cualquier proceso sometido a su conocimiento.

D. Modulación de las sentencias constitucionales

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que es la norma jurídica que rige la materia constitucional en el Ecuador, confiere a los jueces constitucionales la potestad de modular sus sentencias, mientras regula los efectos de sus decisiones en el tiempo, la materia y el espacio para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y de la supremacía constitucional.

Al respecto de la modulación de las sentencias constitucionales, Rodrigo Escobar Gil manifiesta que se trata de una actividad de adecuación que es realizada por el máximo juez de la constitucionalidad cuando este se ve precisado a ofrecer respuestas a situaciones excepcionales, cuya resolución de conformidad con los cánones tradicionales daría lugar a resultados contraproducentes. Así, la modulación típica se produce, primordialmente, en el campo del control de constitucionalidad de las leyes,³⁶ es decir, la modulación de las sentencias es de naturaleza excepcional aplicable únicamente a aquellos casos en que se requiere controlar los efectos de la sentencia para asegurar la vigencia de la supremacía constitucional o de los derechos constitucionales.

Según el criterio tradicional forjado por Hans Kelsen, el órgano especializado en justicia constitucional debe operar exclusivamente como un legislador negativo y decidir si la norma enjuiciada se ajusta o no a la Constitución, es decir, debe limitarse a expedir sentencias declarativas que decidan, sin más consideraciones, si la norma jurídica es constitucional o inconstitucional. No obstante, esta concepción tradicional en ocasiones no es suficiente o pertinente para asegurar la supremacía de la Constitución y para vigencia de los derechos constitucionales, por lo que es necesario que el órgano constitucional ejerza funciones más allá

³⁶ Gil Escobar, Rodrigo, *La modulación de las sentencias de control constitucional*, Quito, Ecuador, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 236.

de legislador negativo y emita sentencias modulativas que garanticen una real vigencia de los preceptos constitucionales.

Bajo el contexto descrito, podemos encontrar tipos de sentencias constitucionales en los que el órgano constitucional rebasa el papel de legislador negativo y emite decisiones constitucionales en las que modula su alcance a fin de asegurar una adecuada vigencia de la supremacía constitucional. Por ejemplo, se encuentran las sentencias interpretativas en las que la Corte Constitucional a efectos de evitar la expulsión de una norma jurídica puede recurrir al principio constitucional de interpretación conforme a la Constitución y aplicar una interpretación compatible con el texto constitucional, con lo que evita todas aquellas interpretaciones que sean contrarias a la Constitución.

También, están las denominadas sentencias aditivas en las que se constata una omisión por parte del legislador que genera una suerte de inconstitucionalidad de la norma. No obstante, en este caso, el organismo constitucional no necesariamente anula la disposición jurídica considerada inconstitucional, por el contrario, le dota del contenido necesario para que la norma se apegue a la Constitución, es decir, se adiciona un nuevo elemento a la norma, elemento que no fue previsto inicialmente por el legislador para dotarla de constitucionalidad.

Otro tipo de sentencias constitucionales en que aplica la modulación son las sentencias sustitutivas, en las cuales se expulsa del ordenamiento jurídico interno la norma jurídica que se estima inconstitucional y en su lugar la Corte Constitucional sustituye la contradicción con una regulación específica a partir de la invocación o el hecho de recurrir a una disposición constitucional directa.

Finalmente, es pertinente referir a las sentencias prospectivas que son aquellas que modulan sus efectos en relación al tiempo, a fin de establecer la solución considerada más justa, determinar con claridad y precisión en la sentencia la fecha desde que producirá efectos, posibilitar

al legislador actuar antes, y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución.

En definitiva, se puede concluir que las sentencias constitucionales dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador son decisiones que por expreso mandato de la Constitución de la República constituyen una fuente del derecho obligatoria para todos los órganos del poder público, están revestidas del atributo de cosa juzgada y dotadas de fuerza vinculante que pueden generar efectos *inter partes* o efectos *erga omnes* dependiendo de la naturaleza del asunto controvertido, así mismo pueden regir para futuro en caso de que la sentencia constitucional verse respecto del ejercicio del control de constitucionalidad o pueden tener efecto retroactivo cuando la decisión constitucional busca reparar derechos constitucionales vulnerados. Para asegurar la supremacía constitucional y la vigencia de los derechos, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias, superando la tradicional concepción de que es un legislador negativo, sino que bajo el nuevo paradigma constitucional tiene un rol activo en el que se convierte en garante del estado constitucional de derechos y justicia aplicando las reglas y principios del control constitucional como lo son el control integral, la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio pro-legislatore, principio de permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, la interpretación conforme a la ley, la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso, instrumentalidad de las formas y procedimientos, control constitucional de normas derogadas, configuración de la unidad normativa, entre otros conforme lo prevé el artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

13. Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América

J. Francisco Castellanos Madrazo*

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Académico en la Universidad Panamericana. Ha sido secretario de estudio y cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Socio titular del área de Derecho constitucional y electoral en MICAS Consultores.

SUMARIO. A. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América: antecedentes y configuración. B. El origen del control de constitucionalidad norteamericano. C. Competencias de la Suprema Corte de Justicia y efectos de las sentencias. D. Tipología de sentencias en casos emblemáticos. E. Conclusiones. F. Bibliografía.

A. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América: antecedentes y configuración

En el informe anual 2019 del estado de la judicatura federal en los Estados Unidos de América, John G. Roberts, Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia, haciendo alusión a los —*papers*— discursos de *El Federalista*, particularmente al 78, sintetizó magistralmente el núcleo de la concepción y el diseño que el Constituyente de 1787 eligió para el Poder Judicial de ese país, en los siguientes términos: "The courts have neither force nor will, but merely judgment",¹ por su traducción, "los tribunales no tienen fuerza ni voluntad, solamente juicio". A esta germinal concepción podríamos añadir la idea de que el atributo de juzgar que la Constitución les confiere a los tribunales federales, espe-

¹ Roberts G., John, *Year-End Report on the Federal Judiciary*, 2019. Disponible en: «<https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf>».

cialmente y como órgano de cierre del sistema judicial, a la Suprema Corte de Justicia, significa en el fondo la capacidad de evaluar la validez constitucional de los actos del poder público, ni más ni menos.²

El Poder Judicial Federal de los Estados Unidos de América fue concebido por el Constituyente como —*the least dangerous branch*— el poder menos peligroso para los derechos reconocidos en la Constitución del naciente Estado, el que en palabras de Hamilton no influiría sobre las armas, ni sobre el tesoro, tampoco tendría decisión sobre la riqueza ni la fuerza de la sociedad, aunado a que no contaría con facultades para tomar decisiones políticas activa y unilateralmente, sino únicamente el atributo de *juzgar los actos del poder público*, con todo y lo que ello significa para una democracia constitucional, especialmente en la época del constitucionalismo contemporáneo.³

La Convención de Filadelfia fue el vehículo que materializó la idea política de una arquitectura de distribución del poder en los Estados Unidos que impidiera el abuso de las ramas legislativa y ejecutiva. Como lúcida-mente ha explicado el profesor Schwartz, los —*Framers*— constituyentes diseñaron una fórmula clara y contundente que estableció poderes

² Al referirse a la importancia de contar con un poder que asegurara el equilibrio en los Estados Unidos de América, su primer Presidente, George Washington, a modo de precedente de lo que sería el papel que se daría a la judicatura en ese país, dirá: "I do not conceive we can exist long as a nation without having lodged somewhere a power, wich will pervade the whole Union in as energetic a manner as the authority of the State governments extends over the several States". Carr, Robert, *The Supreme Court and Judicial Review*, New York, Phillips Bradley Editor, 1942, pp. 39 y 40. Esa facultad es, además, coherente o connatural con el establecimiento de un Estado federal no unitario o centralizado, en el que los integrantes ejercen, a través de sus autoridades, todo tipo de competencias, las cuales sin embargo no pueden romper con el pacto federal, pues ello en un estado naciente sería poco deseable ya que no permitiría su cohesión y establecimiento definitivo. McLaughlin, Andrew, *A constitutional history of the United States*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1935, pp. 299 y ss.

³ En concepto de Hamilton, la supremacía de la Constitución como "fundamental law" no sólo autoriza a la judicatura a la interpretación y configuración del sentido —contenido— de las leyes, incluida aquélla, sino que también la obliga, si el caso lo requiere, a enjuiciar la compatibilidad de las leyes con normas de rango más elevado. En esta concepción, la Constitución aparece situada por encima de las leyes promulgadas, lo que equivale analítica y normativamente a que las pretensiones del pueblo estén por encima de las formuladas por sus representantes. Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 330-336.

separados e independientes, siguiendo así la línea trazada desde el Plan de Virginia, mediante el cual se concebía a un Poder Judicial Federal con la atribución de resolver disputas para vigilar, en cada caso, que los actos, leyes e incluso los tratados fueran aplicados conforme a la Constitución.⁴

Esta ideología constitucional quedó directamente estatuida en el texto de la norma suprema estadounidense aprobada en 1787, en cuyo artículo III, secciones Primera y Segunda, fue instituido el Poder Judicial Federal y reconocida la Suprema Corte de Justicia como órgano terminal del sistema judicial, y bajo la cual funcionan Cortes federales, Cortes de apelación de circuito y otros tribunales federales, como más adelante detallaré.

La Constitución le asigna a la Suprema Corte de Justicia una función central en el equilibrio de poderes y de contrapeso en el Estado americano, debido a que la dota de total independencia, pues dispone que sus *justices* —ministras y ministros— ejercerán de manera vitalicia y que sólo podrán ser destituidos mediante resolución del Congreso por traición, cohecho u otros delitos y faltas graves; aunado a que durante su encargo no pueden ser disminuidas sus remuneraciones por quien ocupe la Presidencia de la República ni por el Congreso, disposiciones que producen una garantía institucional para que mediante sus fallos el Alto Tribunal preserve el Estado constitucional de Derecho, más allá de las influencias de la opinión popular o de los vaivenes políticos y mayorías electorales de coyuntura.⁵

⁴ La Suprema Corte de Justicia está obligada por el principio de fidelidad a la Constitución. Ésta fue la original posición que los constituyentes idearon para la Suprema Corte como defensora de la carta fundamental, cuyo único compromiso es decidir las disputas sin consideración por la identidad de las partes y conforme a lo que exigen la propia norma fundamental y el sistema legal aplicable. Schwartz, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, pp. 3-14.

⁵ Éste es, de acuerdo con la perspectiva de don Manuel García Pelayo, el auténtico y original *status* de un Tribunal Constitucional, como órgano que desempeña un papel hegemónico en el Estado constitucional y democrático de Derecho, que salvaguarda la primacía de la Constitución con respecto a la ley y a otras decisiones de los poderes públicos; por ende, dicho órgano actúa como

En la porción normativa aludida, la Constitución da cuenta de la incorporación de la posición que a nivel analítico quisieron darle sus —*Framers*— forjadores a la Suprema Corte de Justicia, al asignarle competencias para resolver las controversias tanto de derecho escrito como de equidad, velando porque en todo momento la interpretación y aplicación de las distintas fuentes del sistema legal no contravinieran a aquélla, lo cual, aunque no de manera expresa, pero sí en forma implícita, convirtió a los órganos judiciales en defensores de la norma fundamental con la resolución de cada caso, especialmente al Alto Tribunal, como así lo identificó con toda claridad Alexis de Tocqueville, al expresar que: "La causa está en este solo hecho: los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales."⁶

Como el resto de la Constitución norteamericana —a la que en palabras del *Chief Justice* John Marshall, plasmadas en la sentencia del *Caso McCulloch v. Maryland*,⁷ solamente corresponde establecer las grandes líneas maestras y objetivos fundamentales del ordenamiento jurídico⁸—,

garantía institucional básica del Estado, pues asegura y perfecciona las normas constitucionales. Esos principios políticos influyen íntimamente en la labor del Tribunal Constitucional, en tanto que éste debe establecer mediante la interpretación y aplicación del derecho constitucional los fundamentos constitucionales de la unidad política nacional; normativizar los valores en que ésta se sustenta; determinar las directrices para la acción estatal y, a través de la institución de órganos, de la determinación de sus competencias y del sistema de las relaciones entre ellos, regular la estructura y las funciones del Estado. García Pelayo, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 22.

⁶ Asombrado por esta innovación constitucional en los Estados Unidos de América, Tocqueville da cuenta de que las relaciones institucionales entre legislador y juez en ese país no se rigen por los mismos principios que operaban en Europa en la época, particularmente, el atinente a la imposibilidad expresa de que los jueces decretaran la invalidez de una ley aprobada por el Parlamento; y no son aplicables, dirá el político francés, sencillamente, porque la Constitución es norma para todos los poderes, incluyendo el Legislativo, por tanto, en caso de que éste expidiera una ley contraria a aquélla, el juez ha sido dotado de la enorme facultad de decretar su inconstitucionalidad e inobservarla. De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 106-111.

⁷ *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>».

⁸ Esta visión de la Constitución parte del modelo interpretativo extensivo, del cual ha echado mano la vertiente teórica que defiende al activismo judicial. Desde este enfoque, la interpretación de la

su artículo III previene a manera de cláusula abierta —*open textur*—,⁹ un reenvío para que sea el Congreso de los Estados Unidos el que defina la forma y estructura del Poder Judicial Federal, incluyendo entre otros aspectos el número de integrantes del Alto Tribunal, los circuitos judiciales y los mecanismos de designación.

Esta cláusula habilitante dio origen a la emisión de la Ley del Poder Judicial —*Judiciary Act*—,¹⁰ promulgada por el Presidente George Washington el 24 de septiembre de 1789. Mediante este ordenamiento, el Congreso de los Estados Unidos estableció la estructura y jurisdicción del sistema judicial federal, y colocó a la Suprema Corte como órgano de cierre y, debajo de ella, a tribunales de apelación y juzgados de distrito, para

Constitución debe ser extensiva, toda vez que sus disposiciones son de naturaleza abierta, por lo que su sentido tiene que desentrañarse de manera tal que, incluso, se deduzcan de su contenido normas implícitas idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política del Estado, con lo que toda decisión legislativa está regulada —aunque no predeterminada— por una u otra norma constitucional. El referente de esta corriente en la doctrina americana es el profesor Ronald Dworkin, quien postuló una serie de ideas que reflejan una manera de acercarse a la interpretación constitucional que podría denominarse interpretativismo moderado. En este contexto, Dworkin afirma que el Tribunal debe tratar de justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que fundamentan realmente esas normas. Esa fusión entre orden jurídico expreso y teoría política y moral sólo puede llevarla adelante, según el profesor de Oxford, una suerte de juez Hércules capaz de dar con la única respuesta correcta a un caso difícil. Sobre estas posturas del activismo judicial, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 66 y ss.

⁹ El profesor Coello sostiene que una de las características esenciales de la Constitución es la apertura. Coello señala que aquélla es el reconocimiento y confirmación de postulados fundamentales, lo cual le imprime límites de apertura y expansión de elementos normativos considerablemente amplios, pues texto abierto u *open textur* es sinónimo de capacidad para recibir elementos jurídicos explícitos e implícitos pasados, presentes y futuros que den solución a cualquier problema que se presente en el ordenamiento jurídico. Coello Nuño, Ulises, *La Constitución abierta como categoría dogmática*, Barcelona, Bosch Editor, 2005, p. 101.

¹⁰ Como lo explica Charles Warren, en una minuciosa investigación titulada *Ley para Establecer los Tribunales Judiciales de los Estados Unidos*, que fue el proyecto de ley del Senado número 1, en la primera sesión del primer Congreso de los Estados Unidos de América. El detallado estudio que nos ofrece Warren parte del Diario de Debates del Senado y de la Cámara de Representantes. Por la importancia que ideológicamente dieron los constituyentes a la arquitectura de un Poder Judicial Federal fuerte, capaz de ser un auténtico contrapeso a las ramas Ejecutiva y Legislativa, especialmente, mediante la intervención de un tribunal supremo que vigilara y protegiera la supremacía constitucional de los criterios de oportunidad política, no es de extrañarse que en la historia del proceso de creación normativa del Congreso, la Ley del Poder Judicial fuera considerada, probablemente, como la ley más importante y satisfactoria aprobada en el sistema jurídico norteamericano. Warren, Charles, "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", *Harvard Law Review*, vol. 37, núm. 1, noviembre de 1923, pp. 49-132.

crear, además entre otros cargos de relevancia para la administración de justicia, el de Fiscal General. Aunque el Congreso la ha modificado a lo largo de los años, el esquema básico del sistema judicial federal establecido originalmente permanece prácticamente intacto en la actualidad.¹¹

De la Ley del Poder Judicial, así como del título 28, capítulos I y IV, del Código Federal de los Estados Unidos, podemos desprender la organización de los tribunales federales bajo la siguiente estructura del Poder Judicial:¹²

1. Suprema Corte de Justicia. Compuesta por nueve ministra(o)s —una de ellas es la que preside—, nombradas por quien ocupe la Presidencia de los Estados Unidos, con la aprobación del Senado, con carácter vitalicio —aunque puede ser revocado el nombramiento mediante procedimiento de destitución. La Constitución no estipula el número de ministra(o)s de la Suprema Corte, por lo que ello corresponde al Congreso Federal. En cuanto a su composición, el Alto Tribunal ha tenido seis como el menor número de miembros, hasta nueve, que es la actual composición que data desde 1869.

¹¹ Con la Ley del Poder Judicial de 1789, el Congreso de los Estados Unidos de América concretizó las disposiciones del artículo III constitucional, al establecer que: "El poder judicial de los Estados Unidos estará investido en una corte suprema, y en las cortes inferiores que el Congreso pueda ordenar y establecer". A pesar de las reformas que dicho ordenamiento ha sufrido, siendo la más relevante la que tuvo lugar en 1891, relativa a la modificación de los circuitos de apelación y juzgados de distrito, así como al establecimiento de la figura del *certiorari* como medio de acceso a la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia, cuya consolidación se logró con las modificaciones de 1925, existe consenso unánime en la doctrina norteamericana en el sentido de que el sistema judicial todavía está conformado por los conceptos básicos del estatuto primigenio de 1789. Wheeler, Russell y Harrison, Cynthia, *Creating the Federal Judicial System*, Washington, The Federal Judicial Center, 1989, pp. 1-4.

¹² En términos de la legislación vigente, el sistema de justicia federal está conformado por una estructura piramidal, en cuya base se encuentran los tribunales de primera instancia —*federal district courts*—; en el nivel intermedio, los tribunales federales de apelación —*circuit courts of appeals*— y, en la cúspide, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos —*United States Supreme Court*—, como última instancia de apelación. Paralelamente a este núcleo básico de tribunales, existen algunos juzgados especializados que conocen en primera instancia de litigios en determinadas materias. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, México, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, 2021, pp. 85-93.

2. Cortes de Apelación (Courts of Appeals). Existen 12 circuitos de apelación que abarcan la totalidad de la unión americana, en la que ejerce jurisdicción una Corte. El circuito 13 corresponde a la Corte de Apelación del Circuito Federal, que tiene competencia nacional para conocer apelaciones en causas especializadas, como las referentes a leyes de patentes.

3. Cortes de Distrito. Estos órganos fungen como primera instancia en los asuntos federales y están repartidos en 94 distritos judiciales, que incluyen uno o más en cada estado: el Distrito de Columbia en Washington, D.C., Puerto Rico y los territorios de ultramar. Asimismo, en cada distrito judicial federal opera una Corte de quiebras que resuelve como entidad autónoma.

4. Tribunales con competencia especializada. También integran la judicatura federal con competencia en el ámbito nacional sobre cierto tipo de causas: i. el Tribunal de Comercio Internacional, y ii. el Tribunal de Reclamos Federales.

5. Conferencia Judicial de los Estados Unidos. Por último, encontramos a este órgano, cuya función es la emisión de las reglas para los tribunales federales en el ámbito nacional. Quien ejerza la presidencia de la Suprema Corte preside a la Conferencia, la cual está integrada por otras 26 personas juzgadoras. La Conferencia se conforma por comités que elaboran recomendaciones respecto a la política y normatividad en todos los aspectos de la administración judicial federal.

No debe sorprendernos que ninguna disposición de la Constitución o de la Ley del Poder Judicial Federal prevea expresamente la facultad de la Suprema Corte de Justicia para realizar una declaratoria de inconstitucionalidad de leyes al revisar asuntos de su competencia, sencillamente, porque en el seno del Constituyente no germinó un debate sobre la profundidad y alcances de la revisión judicial —*judicial review*— a cargo del

Alto Tribunal.¹³ Por lo contrario, antes de definir la arquitectura del apartado judicial en la norma fundamental, al menos de manera relativa, cobraron peso algunas refutaciones que contra el arquetipo de un Poder Judicial poderoso quedaron externadas en los ya célebres ensayos publicados bajo el seudónimo Brutus, en el *New York Journal*.¹⁴

En el encuadre que proporciona Diamond, la línea crítica de Brutus partía de la premisa de que un Poder Judicial tan poderoso como el propuesto en *El Federalista*, esto es, capaz de conocer judicialmente la adecuación de normas y actos a la Constitución, era auténticamente inaudita para un país que nacía libre —*in a situation altogether unprecedented in a free country*—, por lo que cobró especial preocupación la aparente facultad interpretativa que tendría la Suprema Corte sobre la norma suprema, a partir de desentrañar su teleología, y no exclusivamente ciñéndose a sus significados textuales, lo que le confería el poder de asignar un significado constitucional definitivo que no estaba sujeto a corrección o rectificación.¹⁵

¹³ A pesar de que han pasado 245 años desde el inicio de las discusiones de los *Founding Fathers* en la Convención de Filadelfia que dio origen a la Constitución norteamericana, sigue vigente el debate sobre si aquéllos tuvieron la intención de que el *federal judiciary* —el Poder Judicial Federal— estuviera en aptitud de declarar lisa y llanamente la inconstitucionalidad de una ley del Congreso. Como recuerda Corwin, la tradición jurídica anglosajona no tiene antecedentes de una facultad similar para un tribunal en Inglaterra, ni de la existencia de una autorización específica en tal sentido derivada de la Constitución o la costumbre jurídica. Existió en el consenso fundacional norteamericano, por el contrario, una importante oposición para que se construyera un súper poder en detrimento de las otras ramas del gobierno y de los estados. Corwin, Edward, "The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress", en *Michigan Law Review*, vol. IV, 1905-1906, p. 616.

¹⁴ Un interesante análisis sobre la influencia que estos discursos antifederalistas tuvieron en la discusión constituyente y la lucha ideológica entre ambos bandos la hallamos en: Lee, Emery, "Representation, Virtue, and Political Jealousy in the Brutus-Publius Dialogue", en *The Journal of Politics*, vol. 59, núm. 4, 1997, pp. 1073-1095.

¹⁵ Los ensayos de Brutus apuntaban a que el diseño que estaba perfilándose para el Poder Judicial desbalanceaba los poderes otorgados a las otras ramas, pero especialmente que colocaba a la Corte por encima de las judicaturas de los estados, lo cual vulneraba su autonomía y supuesta soberanía. Esta reticencia queda perfectamente definida en el XI ensayo, del que puede leerse lo siguiente: "I mean, an entire subversion of the legislative, executive and judicial powers of the individual states. Every adjudication of the supreme court, on any question that may arise upon the nature and extent of the general government, will affect the limits of the state jurisdiction". Diamond, Ann, "The Anti-Federalist Brutus", en *Political Science Reviewer*, núm. 6, 1976, pp. 249 y ss.

Si bien, tanto en los discursos de *El Federalista* como en las posiciones de distintos constituyentes, aparecen posiciones sólidas que respaldaron la acogida de la revisión constitucional limitada a casos concretos de naturaleza judicial, como certeramente alerta Fernández Segado, una cuestión era admitir de manera genérica la facultad de la revisión en juicio —*judicial review*— y otra muy distinta la posibilidad de que la Corte pudiera fiscalizar leyes federales y estatales como una facultad del Estado.¹⁶

Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos de América y, en consecuencia, la posibilidad de dictar sentencias y sus consecuentes efectos sobre esa declaratoria de invalidez —tipología de sentencias— constituye una creación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia como un reflejo directo del nivel deóntico que los padres fundadores imprimieron en la Constitución de ese país; sin embargo, este aspecto será objeto de reflexión del siguiente apartado.¹⁷

¹⁶ Existe consenso en que los *Framers* rechazaron la posibilidad de que la Suprema Corte contara con la facultad de veto o de revisión general de la legislación, sino que, en cualquier caso, su papel debía ser defensa de la norma fundamental y debía circunscribirse en la decisión de un litigio específicamente planteado. Esta posición encuentra causa eficiente en lo expresamente previsto en la cláusula primera de la Sección Segunda del artículo III de la Constitución, pues dispone: "The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority". Finalmente, la posición ideológica se decantó por una revisión judicial no sólo de las leyes federales, sino incluso de las de los estados, pues era ésta la única posibilidad de asegurar que la Constitución federal sería suprema no únicamente frente al derecho federal, sino también frente a las entidades. Fernández Segado, Francisco, "La judicial review en la pre-Marshall court", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 134-140.

¹⁷ La idea de la supremacía constitucional estuvo patente como uno de los pilares del constitucionalismo germinal en todo el desarrollo de la Convención de Filadelfia. Así, el Constituyente aprobó una cláusula de supremacía con la que invistió a la norma suprema de máximo rango en el ordenamiento jurídico. La cláusula mencionada define lo siguiente: "that the legislatures of the several states cannot of right pass any act or acts, for interpreting, explaining or construing a national treaty or any part of clause of it; nor for restraining, limiting or in any manner impeding, retarding, or counteracting the operation and execution of the same, for that on being constitutionally made, ratified and published, they become in virtue of the confederation, part of the law of the land, and are not only independent of the will and power of such legislatures, but also binding and obligation upon them". La clara referencia que se hace a la connotación *law of the land* proyecta un sistema jurídico con una Constitución rígida, vinculante y superior al resto de normas del ordenamiento. Consustancialmente, esta supremacía debía venir acompañada de un mecanismo de tutela judicial,

B. El origen del control de constitucionalidad norteamericano

Fue en Estados Unidos de América donde el concepto racional normativo capturó como núcleo del constitucionalismo naciente los siguientes elementos: la juridicidad de los pactos políticos, el reconocimiento de una tabla de derechos, el arquetipo de estructura estatal, el surgimiento del presidencialismo como forma de gobierno, la soberanía de la ley —Estado de Derecho—, la separación de poderes, la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y el modelo democrático representativo; principios que se trasladaron a Europa y que conforman el constitucionalismo moderno hasta nuestros días.¹⁸

La concepción americana de la Constitución como norma suprema surgió de la incorporación, por una parte, de la tradición del derecho natural en su versión laica y puritana que concebía a las disposiciones constitucionales como *lex legum* y como *lex inmutabile*, cuyo máximo exponente fue John Locke y, por otra, de la implementación del sistema de técnicas concretas propias del *common law*, en concreto: 1. La formalización de un documento solemne del *fundamental law*, otorgándole el nombre de Constitución; y, 2. La *judicial review*, que en Inglaterra permitía exigir cuentas de los *statutes* —las leyes— como normas singulares o excepcionales, a través del derecho común. El predominio que hasta nuestra actualidad ejerce el *common law* sobre las leyes en el sistema inglés, aun cuando no

cuyos alcances no quedaron en el papel normativo fundamental, ni siquiera en el legal, pero sí serían definidos por la propia jurisdicción federal. Véase Clinton, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 1989, pp. 61 y ss.

¹⁸ En la literatura europea existe un importante consenso en cuanto a que el concepto racional normativo de Constitución se afianzó de manera definitiva en las 13 colonias de los Estados Unidos y, posteriormente, en toda la nación. El Constituyente norteamericano no dudó en crear una Norma Fundamental fija, escrita, sistemática y codificada. Más de siglo y medio después, tras los perniciosos efectos de la Segunda Guerra Mundial, estos elementos fueron adoptados por los distintos constituyentes europeos, con lo que finalmente esta ideología constitucional germinada en los Estados Unidos de América fue anclado en el espectro deóntico-normativo de buena parte de las naciones del viejo continente. Cfr. García-Pelayo, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", en ID. *Manuel García-Pelayo. Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 491-503.

está reconocido un control expreso de constitucionalidad de normas, es denominado como *the control of the common law over statutes*, y supone la base interpretativa básica por medio de la cual el derecho común sitúa dentro del propio sistema jurídico con criterios restrictivos a todas las normas singulares dictadas por el Parlamento inglés.¹⁹

La Convención Constituyente de 1787, en los artículos III y VI de la Constitución, estableció el principio de supremacía constitucional, cuya finalidad era dar cohesión a la federación naciente, logrando su certeza y observancia mediante dos mecanismos: 1. De un lado, los padres fundadores —*Founding Fathers*— otorgaron a la Suprema Corte de Justicia la facultad para juzgar la conformidad de los actos del poder político a la Constitución —aunque de manera implícita—; y, 2. La obligación que se impuso a todos los jueces para que al resolver cualquier juicio en el que advirtieran una contradicción de una ley local con la Constitución,²⁰ prefirieran la aplicación del texto fundamental por encima de las leyes secundarias —vía incidental—, lo que dio origen al control de constitucionalidad difuso que más adelante vendría a ser perfeccionado de modo definitivo por la doctrina judicial de la Corte.²¹

¹⁹ La primera sentencia significativa sobre el control de leyes en el sistema inglés del *common law* es la que dictó Lord Coke, en el año 1610, al resolver el célebre *Bonham's case*. En tal resolución, Coke emprendió un análisis no sólo del alcance e interpretación del *statute* sometido a juicio, sino más aún de la propia validez del *statute*, lo cual supuso su eventual anulación por ser contraria a los principios del sistema jurídico, bajo la expresión fundamental: "the common law will control acts of Parliament and some times adjudge them to be utterly void". Véase García de Enterría, Eduardo, *El Tribunal Constitucional*, volumen 1, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 28.

²⁰ Desde su actividad temprana, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América fue perfilando, a través de una vasta jurisprudencia, los límites y paradigmas de un sistema difuso de control de constitucionalidad. Dicho sistema se estructura básicamente sobre el concepto de *caso o controversia*, desprendido de la terminología del artículo III de la Constitución, que delimita el ámbito de actuación del Poder Judicial Federal en la jurisdicción constitucional. Los pilares de la acción jurisdiccional de los tribunales federales se estructuran sobre la inexistencia de opiniones consultivas; la exigencia de *standing*, consistente en daño en el hecho, nexo y que el daño sea subsanable a través del remedio intentado; inexistencia de cuestión política y el tratamiento del caso en el momento adecuado, no si la decisión es prematura o abstracta. Esa jurisprudencia sentó también y de manera muy clara el lugar de privilegio que se arrogó la Corte en materia de interpretación constitucional. Stone, Geoffrey, Seidman, Louis, Sunstein, Cass y Tushnet, Mark, *Constitutional law*, 3a. ed., Boston, Little Brown and Company, 1996, pp. 84-126.

²¹ La línea jurisprudencial sobre el control de constitucionalidad de la ley va más allá, desde luego, del tenue esbozo competencial que la Constitución concede al Poder Judicial Federal. La ampliación

En el centro de la idea de supremacía de la norma fundamental detectamos la influencia del *common law* acogido por el sistema jurídico de las colonias americanas antes de la independencia, conforme al cual ninguna ley de éstas podía contrariar a las cartas o estatutos ingleses, so pena de declararlas nulas, lo que suponía la facultad de realizar un examen de la adecuación de las nuevas leyes a las normas tradicionales consuetudinarias.²²

El núcleo deóntico de esta supremacía está apoyado en una concreta ideología construida a partir de compromisos políticos, que desde el inicio del debate constituyente estuvo patente en la visión de los forjadores de la Constitución. Se trata de presupuestos sociales y políticos que fueron construidos jurídicamente bajo dos principios esenciales: 1. La democracia como forma de acceso al poder público, fruto de la soberanía popular; y, 2. La limitación a los poderes constituidos, que deben mantener en una línea constante de tiempo los compromisos originarios depositados en la norma suprema.²³

Precisamente, para concretizar el principio democrático que asigna al pueblo la titularidad única de la soberanía, fue éste quien tuvo la facultad de dictar y aprobar la Constitución de los Estados Unidos de América,

por parte de la Corte estadounidense de su competencia, más allá de la protección de los derechos fundamentales, abarca también la protección del sistema democrático, y actúa como guardiana del proceso político, fue cobrando cada vez mayor peso y consolidación, lo que propició que el modelo clásico difuso fuera flexibilizado y, de alguna manera, —si se le asimila sólo en su variable pura— abandonado. Nowak, John y Rotunda, Ronald, *Constitutional Law*, 4a. ed., Minnesota, West Publishing Co., 1991, p. 28.

²² Ésta es la base fundamental que el esquema norteamericano de la *judicial review* heredó del *common law*. Corwin, Edward, "The 'Higher law' back ground of American Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, 1928-1929, pp. 365 y ss.

²³ Siguiendo la idea de Pedro de Vega, el Estado constitucional formado por los constituyentes americanos presenta como estructuras fundamentales dos principios: uno político, que es el principio democrático, y otro jurídico, que es el de la supremacía constitucional. Esta combinación supuso la concurrencia de dos vertientes de pensamiento, en principio, incompatibles. La primera sería la que trata de justificar el poder, cuya construcción teórica se atribuye al iusnaturalismo contractualista y, en especial, a Rousseau; y, la segunda, la que trata de limitarlo, que se encuentra formulada —inicialmente— de manera completa en la obra de Montesquieu. De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 45 y ss.

mediante la representación de los distintos delegados en la Convención de Filadelfia, por lo que una vez que el Constituyente cesó en su existencia y función, la supremacía como proyecto reflejo de la soberanía popular se trasladó a la norma suprema.²⁴ Esta previsión constitucional del específico consenso político constituyó el inicio de un nuevo Estado, propio de la tradición norteamericana, siendo el mayor mérito de esta arquitectura hacer que la soberanía política del pueblo se proyectara como supremacía jurídica, desde la perspectiva de la teoría constitucional.²⁵

El entendimiento y la materialización de las acepciones que he expuesto llevaron al Constituyente a fijar las bases de la *judicial review* norteamericana, bajo una fórmula ya clásica, clara y sencilla que puede sintetizarse de la siguiente forma: porque la Constitución es obra del poder soberano del pueblo, ésta es ley suprema del país y como tal debe ser interpretada y defendida por el Poder Judicial, para evitar así que el Legislativo

²⁴ La Constitución norteamericana de 1787, en su artículo VI, estableció el principio de supremacía con el objetivo de distinguir entre ley constitucional y ley ordinaria, lo que concomitantemente supuso el establecimiento de una norma suprema rígida, en los términos teóricos expresados por Lord Bryce. Las Constituciones rígidas, dirá Bryce, "están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento —o instrumentos— en que están contenidas estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial". Bajo esta premisa, en términos de la rigidez que posee la Constitución de los Estados Unidos de América, para su modificación se requiere un procedimiento distinto, más complicado y agravado que para la modificación de las leyes ordinarias. Tal noción de rigidez fue establecida en la propia norma fundamental, cuyo artículo V dispone que para la aprobación de las reformas constitucionales se requiere el acuerdo de las dos terceras partes del Congreso, así como la aprobación de las tres cuartas partes de las legislaturas de los estados. Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1962, p. 20.

²⁵ No parece existir amplia discusión sobre que toda Constitución proyecta una determinada idea de la titularidad de la soberanía, incluso, en los casos en que sus disposiciones no se refieran a ella de manera expresa. Tal idea se deduce, como señala Kriele, de la misma estructura constitucional, esto es, de la organización de la potestad de creación y aplicación del derecho en el interior del ordenamiento jurídico. De esta forma, si la Constitución es norma que se impone a cualquier poder constituido, donde esa norma fundamental tenga pleno efecto jurídico, no puede haber algún soberano o soberanía que no sea la de la Constitución misma. Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 43 y ss.

y el Ejecutivo puedan violar la Constitución a través de las leyes y actos ordinarios.²⁶

Sumada a esta base jurídico-valorativa, ubicamos otras causas eficientes que llevaron a la adopción de la *judicial review* —aunque sin el establecimiento específico de sus alcances, especialmente, en cuanto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley federal o estatal—. Como certeramente reflexiona Gargarella, a la idea de estatuir un órgano defensor de la supremacía constitucional trasluce el temor que los delegados de la Convención de Filadelfia tuvieron de la gran influencia que la ciudadanía ejercía sobre las legislaturas estatales, lo que podía producir que, en el fondo, aquéllas se mantuvieran fieles al modelo confederado y, con ello, cuestionar o poner en entredicho los mandatos que desde la norma suprema se daban a los estados para respetar el derecho federal.²⁷

De esta manera, la formulación de esta supremacía judicial mediante el control judicial de las leyes y los actos de los estados tuvo la finalidad de mantener el *statu quo* social, económico y político de quienes sostenían el sistema de dominación, pues aquélla serviría de catalizador de

²⁶ Esta fórmula fue resultado de una idea permanente que forjaron los constituyentes acerca del papel de la Constitución en el ordenamiento norteamericano. La Constitución es *the supreme law of the land*; luego, las leyes aprobadas por el legislativo, con independencia de que sean estatales o federales, únicamente podrán ser válidas y, por lo mismo aplicables, siempre que se hallen en consonancia con la Constitución. En eso consiste, medularmente, la denominada cláusula de supremacía —*supremacy clause*— inserta en el artículo VI, sección 2, de la norma suprema. Desde los albores de la función judicial de controlar la regularidad de una ley en juicio, nos encausa Thayer, ésta se ha ceñido a una inaplicación siempre que la contradicción de la ley con la Constitución sea evidente, lo que proyecta que la judicatura moldeó el alcance de la *judicial review* bajo el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Thayer, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, vol. VII, 1893-1894, pp. 129 y ss.

²⁷ El profesor Gargarella explica que, con la Revolución norteamericana de 1776, las asambleas legislativas de los entonces estados confederados estaban estrechamente vinculadas a la voluntad de la ciudadanía. En el contexto de la época, buena parte de los miembros de la comunidad estaban directamente excluidos de la participación política: mujeres, personas de raza negra y esclavos no formaban parte de la ciudadanía. Sin embargo, en esta incardinación socio-política, las cámaras de representantes funcionaban como una eficaz *caja de resonancia* de los problemas más relevantes para la sociedad en aquella época. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 17-25.

las exigencias ciudadanas que significaban las legislaturas locales, cuyos criterios de oportunidad podían ser forzados por el clamor social e influenciados por circunstancias sociales y económicas apremiantes, lo que eventualmente conduciría a la toma de decisiones contrarias a los intereses de la unión e, incluso, determinaciones desfavorables para los sectores privilegiados de la naciente sociedad norteamericana.²⁸

Esta hipótesis encuentra corroboración en las ideas de Hamilton, quien hizo énfasis en que la autonomía de los estados podía afectar la frágil formación de la nueva República federal e, implícitamente, poner en riesgo el naciente sistema de dominación. De ahí que el *establishment* emanado de la independencia determinara acotar las decisiones de las legislaturas locales que buscaran poner por encima del pacto constitucional la satisfacción de las demandas ciudadanas, a las que el Constituyente veía con desconfianza por considerarlas instrumentos de tiranía y opresión, pues la autonomía estatal podría ser vehículo para la conversión de representantes populares en dictadores perpetuos que mandarían desde el despotismo de la legislatura, fruto de una mayoría coyuntural victoriosa.²⁹

²⁸ Desde muy temprano, la clase privilegiada en los Estados Unidos de América tuvo la visión de considerar a la Constitución como ley suprema, estableciéndola como mecanismo eficaz para limitar al Legislativo. Esta idea tenía una finalidad aún mayor de la que persigue el principio jurídico de supremacía normativa. El *establishment* buscaba evitar que los cuerpos legislativos que representaban los intereses populares pudieran afectar a través de las facultades parlamentarias las estructuras de riqueza y poder de quienes ocupaban una posición de privilegio. Lo que se quiso evitar con esta puntual posición normativa de la Carta Suprema en el sistema de fuentes fue la participación democrática preponderante del pueblo por conducto de sus representantes, lo que nos conduce a la noción de Constitución como defensa frente al cambio. De Cabo, Carlos, "La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones", en ID. *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (comp.), México, Porrúa/UNAM, 2002, pp. 48-52.

²⁹ Esta reflexión hamiltiana puede extraerse del colofón del discurso XXXI de los *Federalist papers*. Expresamente, Hamilton externó: "[...] Cualesquiera que sean los límites que se pongan o las modificaciones que se hagan a los poderes de la Unión, es fácil imaginar una serie interminable de peligros; y si cedemos a un exceso de recelos y temores, podemos llegar a un estado de absoluto escepticismo e indecisión. Repito aquí lo que dije en esencia en otro lugar: que todas las objeciones fundadas en el peligro de una usurpación deben referirse a la composición y estructura del gobierno, no a la naturaleza o amplitud de sus poderes. Los gobiernos de los Estados están investidos de absoluta soberanía por sus constituciones originales. ¿En qué consiste nuestra seguridad contra las usurpaciones de ese sector? Indudablemente que en la forma como están constituidos y en el hecho de que quienes deben administrarlos dependen del pueblo. Si la estructura que se sugiere para el gobierno federal resulta después de un detenido examen que ofrece, hasta donde es debido,

Resulta claro, entonces, que en la mente de los constituyentes quedó anclada la idea de limitar al Legislativo, órgano al que veían como potencial amenaza democrática, para lo cual, como he enunciado líneas atrás, establecieron a la Constitución como norma suprema del país, por lo que aun cuando no se incluyó en el texto aprobado de manera expresa la posibilidad del control judicial de las leyes, ni mucho menos la declaratoria de inconstitucionalidad bajo determinados efectos, la redacción de los artículos III, V y VI de aquella, conformó auténticas cláusulas habilitantes para que, a través de una interpretación sistemática y funcional en el desarrollo del ejercicio judicial, los tribunales federales y, especialmente, la Suprema Corte de Justicia, de la mano del *Chief Justice Marshall*, asentaran de manera definitiva el control judicial de las leyes —*judicial review*—, como base sustantiva del sistema constitucional norteamericano a partir de 1803.³⁰

Sobre esta premisa, en términos de la explicación de Grant, la funcionalidad del control de constitucionalidad de las leyes inició en los tribunales federales inferiores, quienes en la etapa germinal de su función, por

la misma clase de protección, habrá que descartar toda aprensión con motivo de usurpaciones. No debe olvidarse que la propensión de los gobiernos de los Estados a invadir los derechos de la Unión es tan probable como la tendencia de la Unión a traspasar los límites de los derechos de los gobiernos de los Estados. Qué lado es verosímil que prevalezca en semejante conflicto, dependerá de los medios que las partes contendientes encuentren factible emplear con el objeto de asegurarse el éxito. Como en las repúblicas la fuerza se halla siempre del lado del pueblo y como existen razones de peso para suponer que los gobiernos de los Estados generalmente poseerán mayor influencia sobre éste, la conclusión que se impone es que tales contiendas tienen más probabilidades de concluir mal para la Unión; y que son mayores las de usurpaciones de los miembros a costa de la cabeza federal, que las de ésta en perjuicio de sus miembros [...]. Hamilton, Madison y Jay, *op. cit.*, pp. 123-126.

³⁰ José Acosta refiere que, si bien, el origen político y antidemocrático de la justicia constitucional en Estados Unidos de América fue consecuencia de la consideración de la Constitución como norma suprema, al lado de esta noción debemos situar también la intención de limitar al Legislativo, ámbito en el cual se expresaban los intereses del pueblo. Así, se ideó el control judicial de las leyes, aunque de manera encubierta, el cual no se dirigía originariamente a asegurar la supremacía de la Constitución, sino a suplir los mecanismos de defensa del Ejecutivo frente al Legislativo. Con esto, la defensa de la Constitución fue colocada en el terreno de las consecuencias y no en el de las causas de la iniciativa constituyente de instituir tal órgano de control de las leyes. Por ello, el profesor español será contundente al concluir que: "[...] no se crea mirando a la Constitución, sino al juego de fuerzas entre el Legislativo y el Ejecutivo, para debilitar al primero y reforzar al segundo [...]". Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 85 y ss.

ejemplo en el *Caso Hayburn*, negaron la validez de una ley del Congreso por considerarla inconstitucional. El asunto versó sobre revisar la validez de una ley aprobada en 1792, que ordenaba a los tribunales de circuito que decidieran el caso de ciertas demandas sobre pensiones de personas combatientes en la independencia que hubieran quedado inválidas, bajo la supervisión del Secretario de la Guerra y del Congreso, lo que fue considerado violatorio del principio de separación de poderes, autonomía e independencia de la rama judicial.³¹

En esta misma línea, Gargarella pone de relieve otros casos emblemáticos con los cuales se construyó jurisprudencialmente la revisión de la constitucionalidad de diversos cuerpos normativos, como el resuelto en 1795: *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*,³² en el cual el Ministro —*justice*— Patterson sostuvo que: "[...] la Constitución es la suprema ley de la tierra; es soberana con respecto al poder de la Legislatura, y no puede ser revocada o alterada sino por el poder que la hizo [...] y, por consiguiente, [todos los actos de la Legislatura] deben ser conformes a ella, o serán nulos [...] es deber de la Corte conformarse a la Constitución y declarar el acto [contrario a la misma] nulo e ineficaz". En la sentencia del *Caso Hylton v. United States*,³³ dictada en 1796, la Suprema Corte estableció que era su deber decidir en contra de una ley cada vez que ésta fuese encontrada incompatible con la Constitución, obligación que en palabras del Ministro —*justice*— Chase: "debía reproducirse únicamente cuando la inconstitucionalidad fuera muy clara o evidente". Esta posición fue finalmente reiterada por la Corte en el *Caso Ware Administrator v. Hylton*,³⁴ en el cual, además, el Alto Tribunal enfatizó la supremacía de la Constitu-

³¹ Grant, James, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México, UNAM, 1963, pp. 33-34.

³² *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* 2 U.S. 304 (1795). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/2/304/>».

³³ *Hylton v. United States* 3 U.S. 171 (1796). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/3/171/>».

³⁴ *Ware v. Hylton* 3 U.S. 199 (1796). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/3/199/>».

ción respecto de la ley y su consecuente facultad implícita para inaplicar las disposiciones que la contravinieran.³⁵

Los criterios anteriores son reveladores, como apunta Currie, de que durante los 12 primeros años de su funcionamiento, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos inauguró la práctica de la revisión de constitucionalidad de las leyes —*judicial review*—,³⁶ aunque no sentó las bases técnicas de su doctrina judicial, motivación que aparecería de modo pleno con la ya emblemática sentencia del Ministro Presidente Marshall, en el *Caso Marbury v. Madison*,³⁷ en 1803,³⁸ con la que inicia formalmente la justicia constitucional norteamericana, en razón de que en ella se establecen sus lineamientos y bases constitucionales, facultando a cualquier juez(a) norteamericano(a) para inaplicar una ley, cuando consideren que la misma es contraria a la Constitución.³⁹

³⁵ Existe consenso prácticamente unánime en el constitucionalismo norteamericano, en cuanto a que hacia la época en que John Marshall elaboró su conocida sentencia del *Caso Marbury v. Madison*, en la judicatura federal e, incluso, en el ámbito parlamentario, había ya cobrado forma la atribución del control de constitucionalidad de leyes, como eficacia reflejo de la supremacía constitucional. Por ejemplo, en los anales del constitucionalismo de la época, encontramos que las legislaturas de Kentucky y Virginia redactaron, en 1798, sendas resoluciones manifestándose en contra de las Leyes de Extranjeros y de Sedición, y declarando la inconstitucionalidad de normas opuestas a la primera enmienda de la Constitución norteamericana. Esta determinación la alcanzaron al considerar que los estados tenían el deber de interponerse para impedir, dentro de sus respectivos límites, violaciones a los derechos y a las libertades reconocidos por la norma fundamental. Gargarella, Roberto, *op. cit.*, pp. 44-45.

³⁶ Currie, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, pp. 55-58.

³⁷ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803). Disponible: [«https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/»](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/).

³⁸ El control de la constitucionalidad de las leyes que inaugura la célebre disputa entre *Marbury* y *Madison* tuvo profundas raíces políticas. Por ello, no sin razón se ha sostenido que la protección de los derechos humanos por la vía judicial en los Estados Unidos de América cuenta con motivaciones más valorativas que de índole jurídica, lo que puede reflejarse en la tesis del Ministro Oliver Wendell Holmes, en la sentencia pronunciada en *Schenck v. United States*. Conforme a esta tesis, la protección de los derechos humanos ha sido un elemento de especial relevancia frente a la consecución de fines políticos que extralimita los pactos constitucionales, a través de la anulación de las leyes y actos contrarios a la Constitución. *Schenck v. United States* 249 U.S. 47 (1919). Disponible en: [«https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/»](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/).

³⁹ Es útil en este punto tener en cuenta que también se alzaron voces que han intentado restarle importancia a la sentencia de *Marbury v. Madison*. Por ejemplo, Crosskey llegó a sostener que: "[...] el caso de *Marbury v. Madison* no tuvo nada que ver con la *judicial review*, visto desde cualquier base realista. Su insignificancia al respecto está totalmente demostrada por el hecho de que ninguna ley del Congreso sería declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en un plazo de cincuenta y

Desde este recuento de la temprana actividad de la Suprema Corte de Justicia, parece razonable sostener que para el nacimiento judicial del control de constitucionalidad de la ley influyeron distintos elementos jurídicos. Por una parte, el derecho norteamericano instauró instrumentos técnicos para enjuiciar la regularidad de los actos públicos, adoptando las líneas esenciales que heredó del sistema jurídico inglés, cuyo núcleo era asegurar el respeto a la jerarquía del sistema de fuentes; en segundo término, dichos instrumentos fueron utilizados en el contexto de lucha de poderes —Parlamento contra la figura del Rey en Inglaterra y metrópoli contra colonias en el siglo XVIII—, por lo que limitarlos a un problema de teoría de fuentes ocultaba su verdadera naturaleza; en tercer lugar, los constituyentes se vieron enfrentados a la necesidad de justificar esta práctica heredada en un contexto en el que, *a priori*, no podía haber enfrentamiento de poderes, porque éstos proceden del pueblo, lo que exigió una nueva fundamentación, especialmente normativa, del control judicial de las leyes; en cuarto término, la importancia de la sentencia: *Marbury v. Madison* reside en la fusión de los puntos primero y tercero, es decir, la aplicación de mecanismos conocidos con una nueva justificación teórica.⁴⁰

cuatro años [...]". Sin embargo, en términos generales está aceptado que la justicia constitucional, al menos en su manifestación del control de constitucionalidad, fue edificada de manera completa a partir de los estándares que en la icónica sentencia estableció el Ministro Marshall, colocando con toda claridad a la Constitución como ley suprema que requería, para su conservación, un activismo de la judicatura para realizar un ejercicio de contraste entre ésta y las leyes secundarias, luego del cual debería hacerse una inaplicación de las segundas, cuando fueran contrarias al cartabón constitucional. Crosskey, William W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, vol. II, Chicago, The University of Chicago Press, 1953, pp. 1046 y ss.

⁴⁰ El *Chief Justice* Marshall logró sintetizar todos los elementos jurídicos de su época para construir una doctrina judicial sólida sobre el control de constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia. Su visión fue establecer con toda claridad el valor normativo supremo de la Constitución, bajo una idea federalista, aunque no del ala extrema de la escuela hamiltoniana, pues a pesar de la defensa que siempre sostuvo de la norma fundamental, también procuró dejar claramente sus limitaciones jurídicas mediante sus votos y sentencias. Con todo, parece que es razonable sostener como el rasgo más significativo del Ministro Presidente Marshall su moderación en una época de enfrentamientos exaltados entre los jeffersonianos republicanos, quienes eran acérrimos defensores de los derechos de los estados, y los federalistas, partidarios del fortalecimiento del poder federal naciente. Como significó uno de los ministros más destacados de la Suprema Corte, Benjamin Cardozo, Marshall dio a la Constitución de los Estados Unidos de América la huella de su propio pensamiento —*the impress of his own mind*— y moldeó la forma del derecho constitucional norteamericano, en

C. Competencias de la Suprema Corte de Justicia y efectos de las sentencias

I. Competencias de la Suprema Corte de Justicia

En lo relativo a las competencias de la Suprema Corte de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo III de la Constitución, el capítulo 81, epígrafes 1254 a 1257 y 1330 a 1368, del Código Federal de los Estados Unidos, así como las reglas de litigio emitidas por aquella, —*Rules of the Supreme Court*—, la Corte ejerce, esencialmente, tres jurisdicciones: i. tribunal de primera instancia en procesos que afecten a embajadores, cónsules y miembros del gabinete —*original jurisdiction*—; ii. tribunal de apelación con competencia directa —*appellate jurisdiction*—; y iii. tribunal de revisión judicial —*judicial review*— en última instancia, la cual constituye una facultad puramente discrecional que se ejerce en virtud del *writ of certiorari*, para cuya procedencia es necesaria la concurrencia de una serie de elementos, por ejemplo, la novedad e importancia de la cuestión planteada. Esta figura es la que, medularmente, ha hecho de la Suprema Corte de Justicia un auténtico tribunal constitucional, ya que casi la totalidad de estos asuntos se refieren a cuestiones netamente constitucionales.⁴¹

Con esta concepción, las funciones primordiales de la Suprema Corte como tribunal de apelación pueden clasificarse como: i. la denominada

una época en que era aún plástico y maleable, con base en sus propias y profundas convicciones —*in the fire of his own intense convictions*—. Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1975, pp. 169-170.

⁴¹ La *judicial review* como facultad discrecional en la admisión de las solicitudes para conocer vía apelación de un caso en tercera o ulterior instancia, además de estar prevista en disposiciones escritas, ha sido confirmada en distintas sentencias de la Suprema Corte, en las cuales ha reforzado el tamiz de discrecionalidad. Véase, por ejemplo, el caso: *Braxton v. United States* 500 U.S. 344 (1991) disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/344/>». Aunado al criterio discrecional que gobierna las admisiones para revisión judicial ulterior a través de la figura del *certiorari*, existen criterios orientativos de admisión regulados en la regla 10 de las *Rules of the Supreme Court of the United States*, los cuales se tienen en consideración al revisar cada caso en lo particular. Gilsanz Usunaga, Javier, "El *certiorari* ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 125-149.

mandatory u obligatoria; y ii. la *discretionary* o apelación discrecional, también referida como *certiorari jurisdiction*. Los casos llegan a la Suprema Corte de Justicia, de manera esencial, a través de dos fuentes, en primer lugar, las sentencias de los tribunales superiores de cada uno de los estados de la Unión Americana, en las que se decida algún tema que involucre la interpretación de la Constitución federal o exista pronunciamiento sobre la validez de una ley federal; y en segundo término, los fallos dictados en aquellos casos del conocimiento de las Cortes de circuito de apelación, en los que exista pronunciamiento sobre temas de importancia y trascendencia que ameritan una ulterior revisión.⁴²

En ambos casos, la Corte Suprema actúa como tribunal de apelación, como he explicado líneas atrás; en algunos supuestos, con competencia expresa y ordinaria para dirimir el recurso, y en otros, mediante la *judicial review*.⁴³

Todas las cuestiones de hecho son resueltas por los juzgados federales inferiores, cuyas sentencias pueden ser revisadas en apelación cuando la parte que perdió alegue un error judicial manifiesto, de suerte que las Cortes de circuito revisan las decisiones adoptadas durante los juicios bajo la modalidad: *de novo*, principio procesal que implica que la Corte *ad quem* —superior— *revisará el caso con nuevos ojos*, sin considerar la perspectiva que de los hechos formó el juzgado de enjuiciamiento, ni

⁴² Lawrence, Baum, *American Courts: Process and Policy*, 2a. ed., Boston, Houghton Mifflin Co, 1990, pp. 31 y 32.

⁴³ La competencia de la Suprema Corte de Justicia como órgano final del sistema de apelación fue determinada en el artículo III de la Constitución; sin embargo, el Poder Constituyente no quiso poner de manera expresa la facultad para, en ejercicio de esa última instancia para la solución de disputas judiciales, declarar nulas y sin efecto las leyes que contravinieran a la propia norma suprema. Como apuntara el profesor González Oropeza, antes de 1800 nadie ponía en duda esta facultad del Poder Judicial y, paradójicamente, eran los mismos anti federalistas quienes defendían vehementemente esta facultad judicial por razones partidistas. Sin embargo, con el giro que el Poder Judicial tuvo a partir de 1801 bajo el dominio del partido federalista, los republicanos ensayaron a través de Breckendrige el cuestionamiento del *judicial review*, a través de la teoría de la anulación por parte de las legislaturas de los estados. González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 105-107.

mucho menos vinculada a los pronunciamientos interpretativos realizados por el tribunal *a quo* —inferior—, lo que faculta a las Cortes de circuito a resolver las controversias a partir de sus propias interpretaciones y constatación del caso, efecto piramidal que sube hasta la jurisdicción de la Suprema Corte.⁴⁴

Con todo, sin duda la *judicial review* es la vía esencial mediante la cual la Suprema Corte de Justicia realiza el control de constitucionalidad en el ordenamiento norteamericano, lo que no ha estado ajeno a la constante objeción contra-mayoritaria,⁴⁵ pero que, sin embargo, en una línea sincrónica del quehacer judicial se ha consolidado como un auténtico instrumento de reorientación política y cultural en los Estados Unidos, en razón de que como certeramente identificó Ahumada, su potencial ha

⁴⁴ Cox Broadcasting Corp. v. Cohn 420 U.S. 469 (1993). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/469/>» y Virginia Military Institute v. United States 508 U.S. 946 (1993). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/518/515/>».

⁴⁵ Esta objeción conocida también en la doctrina —especialmente en la de los Estados Unidos de América— como objeción contramayoritaria postula, en términos generales, que en mérito de que la ley proviene de un órgano electo periódica y directamente por el pueblo mediante el sufragio no puede ser anulada por un órgano que no es conformado de esta manera, sino mediante un procedimiento en el que intervienen otros órganos estatales. Se ha dicho reiteradamente que en un sistema tradicional de división de poderes, en el que el Parlamento es la médula de la formación estatal de la voluntad del Estado, la existencia del Tribunal Constitucional altera el equilibrio de poderes y limita la soberanía de la mayoría popular e interfiere en las competencias del Poder Legislativo, sin que tenga legitimación democrática para hacerlo. Asimismo, se ha insistido en que la legitimidad que adopta el Tribunal Constitucional del sistema constitucional deriva de su función de aplicación del derecho constitucional, la cual ha de circunscribirse a garantizar las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, pero de ninguna forma desde la óptica del legislador, quien tiene a su cargo la función de desarrollar el sistema de los derechos al perseguir sus políticas propias; por ende, se sostiene que el órgano jurisdiccional no tiene forma de operar con el elemento político de la legislación, pues sus resoluciones no surgen del proceso de formación de la voluntad política, lo que acarrea la imposibilidad de sustituir el derecho originado en el proceso legislativo democrático. Al respecto, el profesor Ely crítica arduamente al activismo judicial y la utilización por parte de la judicatura de sus propios valores sustantivos al dictar las sentencias. En ese sentido, el profesor propugna por una teoría adjetiva, consistente en presentar al juez como árbitro encargado de controlar la permanente apertura de los canales procedimentales democráticos y proteger a las minorías. Ely, John Hart, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 76. Sin lugar a dudas, otro exponente importante del renacimiento de este argumento contramayoritario en las últimas décadas es el profesor Bickel, quien considera que la revisión judicial de la ley representa el poder de aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial. Bickel, Alexander, *The last dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 17.

sido puesto al servicio de la defensa de los intereses sociales que no logran ocupar un espacio relevante en las políticas públicas de los órganos representativos que tienen poder, quedando marginados de la agenda política, dando paso con ello a la conformación de una sociedad pluralista y tolerante y a la construcción de un piso común de derechos.⁴⁶

II. Efectos de las sentencias

I. Consideraciones generales

El sistema de control de constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos de América es, esencialmente, uno de naturaleza de revisión judicial en el sentido estricto del término, esto es, *el objeto de control* que afronta el Alto Tribunal, en prácticamente la totalidad de los casos que llegan a su jurisdicción, es una resolución de otro tribunal, ya sea local o federal.⁴⁷

Esta singular estructura del sistema de control predetermina, como es de esperar, el alcance que habrán de tener los efectos —resultado del control— que pueden imprimirse a las determinaciones estimatorias y, en consecuencia, a la identificación de la gama de sentencias —tipología— constitucionales que, como veremos enseguida, no ofrece en toda su amplitud el clásico elenco de las que la teoría europea ha acuñado para los tribunales constitucionales del continente.⁴⁸

⁴⁶ La profesora española sostiene que el activismo judicial que por medio de la *judicial review* ha emprendido la Corte fue aceptado no sólo jurídica y políticamente, sino que además cuenta con el respaldo mayoritario de la sociedad, toda vez que ese ejercicio se ha hecho en defensa y promoción de los derechos civiles, sello de la Corte desde mediados de los años 50 del siglo pasado. Ha sido de tal relevancia el papel de la Corte en el fortalecimiento de los derechos humanos, que la profesora no duda en señalar que ésta ha quedado rehabilitada y recuperado su legitimidad social. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, pp. 30-35.

⁴⁷ McGowan, Carl, *The Organization of Judicial Power in United States*, Illinois, Northwestern University Press, 1969, pp. 25 y ss.

⁴⁸ De la mano de las sentencias interpretativas, la doctrina europea ha desarrollado una extensa tipología de sentencias constitucionales, especialmente, elaborada a partir de la modulación y los efectos que la Corte Constitucional italiana ha impreso a sus fallos. En este catálogo encontramos la

Puesto que la Suprema Corte de Justicia revisa resoluciones, el ámbito sujeto a su decisión es la interpretación y el significado que un tribunal inferior le ha asignado a la ley cuestionada en relación con la Constitución, es decir, estamos ante un patente supuesto de verificación preponderante de la validez de normas, no de disposiciones.⁴⁹

Esta peculiaridad proyecta, además, un ordenamiento jurídico en el que la Suprema Corte y el resto de tribunales no son meros legisladores negativos en el sentido kelseniano más puro, sino conformadores de aquél, en tanto que *la jurisprudencia complementa la indeterminación, lagunas*

completa relatoría del profesor Romboli, quien ha identificado, entre otras, las siguientes: i. Sentencias manipulativas. Este tipo de sentencia apareció con enorme auge en la doctrina de la Corte Constitucional italiana, en los albores de los años sesenta del siglo pasado. Tales determinaciones fueron producto de una evolución de las sentencias estimatorias parciales que dictaba la Corte. Esa evolución sustancial tuvo como resorte eficiente el alto margen de omisiones legislativas de las que adolecía el ordenamiento italiano. La sentencia manipulativa se caracteriza por tener un efecto eminentemente transformador del sentido de la disposición normativa objeto de control. Se trata, esencialmente, de sentencias de estimación parcial que atienden a la norma deducible del texto, o si se prefiere, a la disposición, no respecto a ésta, que queda intacta, la cual pasa a expresar una norma diferente, o lo que es igual, a tener un significado distinto. ii. Sentencias aditivas. La sentencia aditiva es una de las más peculiares dentro de la tipología de resoluciones de inconstitucionalidad sin nulidad. Por su efecto, la constitucionalidad del precepto se consigue añadiendo una norma y regularmente va precedida de la frase: *en la parte que prevé* y también la diversa: *sin observar*. Ha sido comúnmente aceptado que en la sentencia aditiva solamente pueda efectuarse la adición de determinado significado al precepto impugnado y no la anulación de una norma. iii. Sentencias sustitutivas. La sentencia sustitutiva se caracteriza por tener una doble naturaleza, en virtud de que, a una decisión de inconstitucionalidad de una norma contenida en una disposición, se añade una decisión *aggiuntiva*. Desde el punto de vista de la estructura, contiene una decisión de inconstitucionalidad de la ley por lo que prevé y una decisión aditiva por lo que no prevé. Su fallo afirma que el precepto es inconstitucional *en cuanto prevé o señala algo, en lugar de otro aspecto que debería prever para ser constitucional*. De esta forma, la sentencia sustitutiva se compone de una parte que anula el contenido normativo inconstitucional y otra que dota el precepto del contenido ajustado a los principios constitucionales. En suma, una parte que elimina el contenido y otra que lo reconstruye. Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en la vía incidental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, pp. 35-80.

⁴⁹ Una disposición puede generar más de una norma y, al mismo tiempo, una norma puede generar a partir de varias disposiciones. Este efecto jurídico no produce una relación en la que los dos elementos interrelacionados deban tener una proporción igualitaria, es decir, por cada disposición, una norma, sino que una disposición es perfectamente capaz de generar varias normas, también según la interpretación de la disposición puede generar una norma u otra, pero no las dos de manera simultánea. A su vez, varias disposiciones entre sí, en forma conjunta pueden formar varias normas. López Bofill, Héctor, *Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la Ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 33.

y *vaguedades de las normas*, configurando de esta forma un sistema en el que funciona una colaboración plena entre legislativo y judicatura para la configuración más amplia y detallada de las consecuencias legales del propio ordenamiento, a partir de los postulados abiertos de la Constitución.⁵⁰

Desde luego que esta consideración debe ser la hoja de ruta al momento de examinar los efectos de las sentencias del Alto Tribunal, en atención a que siguiendo la ya clásica formulación de Kelsen sobre los elementos de la jurisdicción constitucional: i. jurisdicción constitucional, ii. criterio de control, iii. objeto de control, iv. procedimiento de control; y, v. resultado del control,⁵¹ la manera de construir una teoría de control constitucionalmente adecuada en términos de Böckenförde,⁵² es el resultado de imbricar estos presupuestos coherentemente, lo que equivale a decir que en caso de resultar estimatorio el ejercicio de contraste que se realice entre el criterio de control —la Constitución norteamericana y sus enmiendas— y el objeto de control —la sentencia de un tribunal supre-

⁵⁰ En este sentido, la Corte no solamente cuenta con facultades para invalidar leyes locales o federales contrarias a la Constitución, sino que la interpretación que aquélla realiza y con base en la cual fundamenta su doctrina judicial tiene, en virtud del *stare decisis*, de efectos prospectivos vinculantes, no solamente para la judicatura, sino también para el resto de poderes y órganos públicos. Stokes Paulsen, Michael, "Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?", *The Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 7, 2000, pp. 1543 y ss.

⁵¹ Uno de los aspectos a los que mayor relevancia otorgó Kelsen en su teoría de control de constitucionalidad de la ley, fue el relativo a la coherencia que debe dar el tribunal constitucional a los elementos: criterio de control, objeto de control y resultado del control. Para ello, el profesor se refiere a la necesaria identificación a nivel deóntico de cada uno de estos elementos, así como a la adopción de efectos que despejen el problema de regularidad constitucional, elementos que se hallan directamente conectados: lo que guía el control; aquello que se pretende controlar y la solución en caso de encontrar una inconstitucionalidad. Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en ID. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 129 y ss.

⁵² Sobre la elaboración de una teoría de control constitucionalmente adecuada, Böckenförde expresa que los tribunales constitucionales deben realizar el ejercicio de control teniendo en cuenta la *idea constitucional* recogida en la propia norma fundamental, lo que puede hacerse precisamente, a través de la técnica de control que el propio ordenamiento jurídico reconoce. Por ello, sostendrá el profesor alemán, una *teoría constitucionalmente adecuada* es aquella que se plantea sobre la *idea misma de la Constitución*, pero jamás sobre razones pragmáticas, pues con frecuencia ese proceder conduce a un esquema desbordante que produce una variación irracional en los contenidos de la Constitución, y tiene como resultado la generación de jurisprudencia inconexa, desarticulada y carente de un marco interpretativo coordinado y coherente. Böckenförde, Ernst W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Nomos, 1993, pp. 66-69.

mo estatal o de una Corte de circuito de apelación federal—, "la anulación o revocación —*overrule*— recae únicamente sobre el fallo, aunque concomitantemente el pronunciamiento inaplique la ley al caso y disponga, en definitiva, el criterio interpretativo que debe darse a la norma que no fue acto reclamado destacado y directo de reproche de constitucionalidad", pero que de manera refleja sí se estimó contraria a la norma suprema mediante la adopción de determinada interpretación.⁵³

Luego, el juicio de la Suprema Corte de Justicia —*judicial review of legislation*— sobre la regularidad de una norma que ha surgido de la interpretación y aplicación efectuada por un tribunal *a quo* —inferior— produce un pronunciamiento que es consecuencia necesaria y directa del sistema de *control judicial de apelación*. Esto define al control de constitucionalidad norteamericano como un modelo *interpretativo y modulatorio de ius-adscripción normativa preponderante*, mediante el cual el Alto Tribunal procede a la reconstrucción hermenéutica de la ley enjuiciada reflejamente, al tiempo que dispone de manera definitiva y en lo sucesivo lo que al respecto dice la Constitución, ejercicio que como apunta asertivamente Farnsworth⁵⁴, produce sendos efectos: primero, resuelve la *litis* planteada en el caso específico, pudiendo determinar la inaplicación al caso; y, segundo, fija la doctrina judicial a seguir para los casos futuros con problemas idénticos, similares o análogos.⁵⁴

⁵³ Esta peculiar operación del control de constitucionalidad norteamericano guarda una enorme similitud con el amparo directo mexicano, competencia en primera instancia de los tribunales colegiados de circuito y, en revisión, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al igual que en las impugnaciones de *appellate jurisdiction* o *judicial review*, el amparo directo en México únicamente procede contra las sentencias, laudos o resoluciones que pongan fin a una contienda judicial de manera definitiva, dictada por un tribunal común de competencia civil, penal, laboral o administrativa. De este modo, el amparo ante los tribunales de circuito no puede ser promovido directamente contra la ley, como si se tratara de un proceso autónomo de inconstitucionalidad, puesto que su finalidad principal es la revisión de la constitucionalidad de las sentencias, que ponen fin a un juicio, esto es, el escrutinio que por su conducto se ejerce está enderezado a revisar los actos de los tribunales que no pertenecen al Poder Judicial de la Federación. Estas ideas pueden identificarse con toda claridad en: Fix-Zamudio, Héctor, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho de Amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, p. 19.

⁵⁴ Esta doble funcionalidad de la labor de la Corte da pie al desarrollo pleno de la *stare decisis*, que obliga a todos los tribunales de los Estados Unidos de América a respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya zanjados; en una palabra, es la base del denominado *sistema del precedente*. Tal doctrina

Estamos pues frente a un modelo de control que determina la aceptación o rechazo interpretativo del pronunciamiento del tribunal inferior relacionado con la validez o invalidez de una norma confrontada con la Constitución, lo que tiene como consecuencia la emisión de sentencias preponderantemente interpretativas, en razón de que confluyen los tres elementos esenciales de este tipo de pronunciamientos explicados por Martín de la Vega,⁵⁵ a saber:

1. En primer lugar, opera *la ausencia de vinculación de la Suprema Corte de Justicia a la interpretación y aplicación realizada por los tribunales inferiores*, en virtud del principio *de novo*, hecho que le permite elegir libremente la interpretación que considere más adecuada. Este fundamento faculta al Alto Tribunal a rechazar o a aceptar la interpretación acogida por el *a quo* y, en función de ello, emitir un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de constitucionalidad.
2. En segundo término, cobra pleno lugar *la posibilidad de que la disposición aplicada en un caso judicial concreto sea susceptible de interpretaciones diversas por los tribunales de inferior jerarquía, de las cuales alguna atribuya a la norma un significado en contraste con la Constitución y sus enmiendas*. En este sentido, el Tribunal Supremo defina las reglas de interpretación constitucional que tendrán que seguir todos los tribunales de Estados Unidos al enfrentarse a casos idénticos, similares o análogos, siempre dentro de los hechos y *litis* específica a la que el pronunciamiento interpretativo debe ceñirse, como parte consustancial del control difuso y concreto norteamericano.
3. El tercer elemento consiste en que la Suprema Corte efectúa la revisión de constitucionalidad *sobre normas, aunque su pronun-*

constituye la base de la actual fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema norteamericana. Farnsworth E., Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Zavalia, 1990, pp. 74 y ss.

⁵⁵ Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 105-108.

ciamiento estimatorio o desestimatorio termina teniendo impacto sobre la aplicación o inaplicación de las disposiciones al caso concreto.

En suma, la naturaleza interpretativa de los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia no anulan las leyes revisadas, ni mucho menos implican una sustitución o corrección en su contenido y estructura, sino que, como ilustra el profesor Rubio Llorente, conforman enunciados que de manera general delimitan el contenido normativo válido en el ordenamiento constitucional norteamericano, efecto que impacta directamente en la aplicabilidad o inaplicabilidad de las disposiciones.⁵⁶

Sobre estos fundamentos es posible afirmar de manera razonable que en el sistema de control de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos de América predominan las sentencias de tipo interpretativa, en atención a que el pronunciamiento estimatorio que realiza la Corte no afecta a la totalidad del enunciado normativo, sino únicamente a alguna de sus interpretaciones.⁵⁷

Así, como señala Garrorena, dicho proceso provoca la conservación de la disposición indirectamente combatida, pero en cambio invalida la norma adscrita hermenéuticamente por los tribunales *a quo*, a través de una intervención positiva en la norma para solventar su inconstitucionalidad,

⁵⁶ El extinto Magistrado del Tribunal Constitucional español, don Francisco Rubio Llorente, explicó con toda claridad que en virtud del objeto de control de constitucionalidad que tiene ante sí la Suprema Corte de Justicia, su pronunciamiento concluye, necesariamente, en una decisión interpretativa de revocación —*overruling*— o de confirmación —*upholding*— del fallo recurrido. En palabras del jurista español, el núcleo de la sentencia no está, sin embargo, en esta conclusión que tiene los efectos propios de la *res iudicata*, sino en la opinión que conduce a ella, pues es esta opinión la que establece la regla de derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que fundamentan este juicio, es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma constitucional con la que se ha hecho el contraste. Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en ID. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 468-474.

⁵⁷ Las sentencias interpretativas pueden ser estimatorias o desestimatorias, y su motivación es el pronunciamiento que en forma de interpretación realiza la jurisdicción constitucional. López, Héctor, *Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la Ley*, op. cit., p. 33.

mediante la confección de la única interpretación posible que establece la Suprema Corte de Justicia.⁵⁸

De esta forma, a través de la *judicial review of legislation*, la Corte norteamericana expulsa la interpretación de la disposición, decidiendo su inaplicación solamente al caso, lo que mantiene su eficacia normativa, o puesto en otros términos, el pronunciamiento estimatorio recae sobre el sentido interpretativo determinado en instancias judiciales precedentes que colisiona con la Constitución. De tal manera, en su carácter de máxima intérprete de la norma fundamental, la Suprema Corte excluye en su fallo de apelación alguna o algunas de las posibles interpretaciones que sobre la Constitución han realizado los tribunales y, al mismo tiempo, como refiere Díaz Revorio, su pronunciamiento crea el derecho constitucional que va a vincular, no sólo a la judicatura federal y local sino, como más adelante veremos, también a los órganos legislativos y ejecutivos, quienes se encuentran vinculados por la jurisprudencia de la Corte.⁵⁹

Estas características del modelo de control difuso, en conjunción con la amplia indeterminación normativa que caracteriza a la Constitución norteamericana, y que la presenta quizás, como el mejor ejemplo de un texto fundamental del tipo *open textur*, dan lugar a la emisión de sentencias con rasgos similares a las manipulativas de la doctrina europea, aunque sus efectos no obran únicamente sobre la Ley, como es el efecto típico de este tipo de pronunciamientos, sino sobre la Constitución misma, es

⁵⁸ Garrorena Morales, Ángel, "Comentario al artículo 164 CE. Condiciones y efectos de las sentencias del TC", en Alzaga Villaamil (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa-Cortes Generales, Tomo XII, 1999, pp. 369 y 370.

⁵⁹ De acuerdo con el profesor español, a través de la sentencia interpretativa, el Tribunal Constitucional elige qué interpretación, dentro de las posibles, es conforme con la Constitución. Esta operación implica que el Tribunal escoge la interpretación constitucionalmente válida y establece que si se opta por diversa interpretación de las alternativas existentes ésta será declarada inconstitucional. Este resultado de control es un efecto directo de los principios de conservación de la ley y de interpretación conforme, puesto que no anulan el precepto impugnado en la medida que sea posible una interpretación conforme a la Constitución, lo que permite, además, mantener incólume la primacía de la norma fundamental. Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra, 2003, pp. 104 y ss.

decir, estamos frente a consideraciones judiciales que *integran la norma fundamental*, con lo cual la Corte termina desempeñando un rol complementario del Poder Constituyente y del de Reforma, no únicamente del legislador.⁶⁰

En efecto, quizás el rasgo esencial de la Constitución norteamericana desde el punto de vista de su estructura normativa es la apertura, cualidad que implica el reconocimiento y confirmación de postulados fundamentales que no vienen dados de una vez o en definitiva por el texto mismo, sino que se incorporan mediante *una ius-adscrición interpretativa* de los tribunales, especialmente de la Suprema Corte de Justicia, que echa mano de conceptos jurídicos, sociales y políticos, explícitos e implícitos pasados, presentes y futuros, con el propósito de dar solución a cualquier problema que se presente en el ordenamiento jurídico y establecer no solamente qué dice, sino más aún, qué es la Constitución, refrendando con ello el añejo adagio del constitucionalismo norteamericano sobre que: "the Constitution means what the Supreme Court says it means", por su traducción, "la Constitución significa lo que la Suprema Corte dice que significa".⁶¹

La estructura dialógica de la Constitución norteamericana permite a la Corte captar los cambios que surgen en la realidad política y social que como arenas movedizas suceden en los países, de manera que a ella corresponde *mediante la ius-adscrición interpretativa realizar la concretización*

⁶⁰ Los pronunciamientos o fallos manipulativos o normativos son aquellos en los que el Tribunal Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas controvertidas, sino que además, al fungir como un segundo legislativo, modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución, lo que hace de la jurisdicción constitucional una colegisladora. Guastini, Ricardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en ID. Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 61-65.

⁶¹ Como da cuenta el profesor Tribe, incluso entre los *justices* con ideología más conservadora y tendencia interpretativa originalista, ha venido surgiendo la convicción de que la interpretación de la Constitución en el ejercicio de las atribuciones de la Suprema Corte significa algo mucho más allá que una actitud pasiva del descubrimiento de un significado estatuido ahí por generaciones pasadas. La Corte reconstruye, mediante la *ius-adscrición interpretativa*, las innumerables formas en que la norma fundamental debe operar en la realidad. Por ello es que, con razón, se ha sostenido que en los Estados Unidos la Constitución significa lo que la Suprema Corte dice que significa. Tribe, Laurence y Dorf, Michael, *Interpretando la Constitución*, Lima, Palestra, 2017, pp. 56-64.

constitucional,⁶² función con la que dota de contenido a las cláusulas abiertas de la norma suprema y sus enmiendas, y produce criterios racionalizadores con características de conformación creativa;⁶³ pero al mismo tiempo, en la línea sostenida por Ackerman, refrenda el compromiso diacrónico con las diversas generaciones de norteamericanos de mantener viva la Constitución, pues ello equivale al sostenimiento interno, política y jurídicamente, de las distintas visiones y valores comunes sobre los que funcionan las relaciones horizontales y verticales de la sociedad y el gobierno, lo que construye un sistema de dominación democrático en los Estados Unidos de América.⁶⁴

Mediante sus sentencias, la Suprema Corte integra el ordenamiento constitucional a través de pronunciamientos que significan la extracción

⁶² La función de concretización que la Constitución exige —no sólo al Tribunal Constitucional, sino a los órganos políticos que puedan tener intervención en ese ámbito— en el nuevo diseño del Estado democrático y constitucional de Derecho es una tarea que debe ser asimilada como natural en el modelo democrático de pesos y contrapesos de los poderes públicos y, además, como una garantía constitucional de libre deliberación, evolución, actualización, desarrollo y conformación del sistema constitucional. Hesse, Konrad, "La función jurisprudencial y el Tribunal Constitucional, en la Ley Fundamental de Bonn", en ID. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. —Con referencia especial al Tribunal Constitucional Alemán—*, México, Porrúa, 2005, pp. 77 y ss.

⁶³ Sobre la apertura de la Constitución y la necesaria concretización que de la misma realiza el tribunal constitucional, el extinto profesor y magistrado del Tribunal Constitucional alemán, Konrad Hesse, expuso en su día: "Tanto por medio de lo que deja abierto como por medio de lo que no deja abierto, la Constitución produce esos efectos en los que se cifra su función en la vida de la comunidad. El Derecho Constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporciona a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello, la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas. Cuando la Constitución no regula numerosas cuestiones de la vida política, o lo hace sólo a grandes rasgos, no hay que ver en ello solamente una renuncia a su regulación o una remisión de la misma al proceso de actualización y concretización, sino que, además de ello, hay que ver con frecuencia también en dicha actitud una garantía constitucional de libre discusión y de la libre decisión de estas cuestiones". Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 20.

⁶⁴ La Corte ha sido el vehículo principal para reconducir el diálogo atemporal de las distintas generaciones de norteamericanos sobre lo que significa la Constitución en sentido material. En palabras del profesor de la Universidad de Yale, desde que Estados Unidos alcanzó su independencia hasta la actualidad, cada generación ha contribuido al legado constitucional, y cuando las visiones constitucionales se han contrapuesto, ha sido la Suprema Corte la que a través de la interpretación ha zanjado esas disputas y ha establecido los linderos de lo que puede acogerse en términos de la norma fundamental frente a lo que no tiene cabida, buscando especialmente que ninguna de esas posiciones que compitieron entre sí, se apoderen de la Constitución. Esa interpretación evolutiva ha hecho de la Constitución norteamericana un: *derecho viviente*. Ackerman, Bruce, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 35-39.

deductiva lógica del contexto en el cual se halla la disposición de la Constitución que servirá de parámetro de control, con la consecuente adscripción interpretativa de normas no previstas expresamente, pero que, por efecto de la sentencia, se consideran incluidas como parte del criterio o parámetro para su aplicación y solución en un caso en concreto. Como sostiene Alexy, se trata de una operación judicial que crea una norma a la que refuta como implícita de las disposiciones explícitas y la integra al derecho positivo con plena validez y efecto vinculante directo, lo que viene a ampliar el criterio de control de la jurisdicción constitucional y proyecta a la Corte como una fuente expresa de producción normativa constitucional equiparable a la del Poder Constituyente o el de Reforma.⁶⁵

Consecuentemente, las sentencias que dicta la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos generan una modificación normativa en sentido similar en que lo hacen los fallos manipulativos, pero a diferencia de estos últimos que impactan frente a leyes secundarias, las de *ius-adscripción interpretativa* de la Corte reproducen esa modificación en forma de integración del contenido de las cláusulas abiertas de la norma fundamental y sus enmiendas, operación que define judicialmente el contenido constitucional con base en el cual revisa la interpretación efectuada por los tribunales inferiores respecto de la norma reclamada, determina si acoge o no ese ejercicio hermenéutico, establece si hay lugar o no a la inaplica-

⁶⁵ Para Alexy, son normas de derecho fundamental *expresas* aquellas directamente establecidas por las disposiciones de la Ley Fundamental y, a la par, existen normas de derecho fundamental que no están establecidas directamente por el texto constitucional, sino que más bien están adscritas a las normas expresas o tienen que ser adscritas por el Tribunal Constitucional. Estas normas son aquellas para cuya adscripción a una norma de derecho fundamental expresa es posible dar una fundamentación lógicamente correcta. Las normas de adscripción pueden ser extraídas del texto constitucional que se conectan con las normas constitucionales a través de relaciones que denominan de *precisión*, y señala que entre la norma que hay que precisar y la norma precisante existe una conexión de fundamentación, puntualizando que estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que son expresadas directamente por la Constitución, sino las normas presentadas. Las normas que precisan a las diversas constitucionales, pueden denominarse como normas adscritas y el problema de su legal adscripción depende de la argumentación que se realice para lograr esa adscripción. Sin embargo, el mismo Alexy señala que las reglas de fundamentación no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un solo resultado. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 70-72.

ción de la norma combatida, decide si cabe una interpretación conforme y, finalmente, fija el criterio obligatorio que deben aplicar el resto de tribunales cuando se hallen ante casos similares, análogos o idénticos.⁶⁶

En cuanto a la *modulación de los efectos temporales* de los pronunciamientos de inconstitucionalidad de la ley objeto de revisión por parte de la Suprema Corte, como sucede con otros aspectos centrales del modelo de control de constitucionalidad norteamericano, ni la Constitución ni alguna otra ley establecen reglas que contengan las fórmulas típicas de eficacia *ex tunc* —efecto retroactivo— o *ex nunc* —efecto pro-futuro— de las sentencias, por lo que nuevamente, ello ha sido objeto de construcción jurisprudencial por el Alto Tribunal. La doctrina judicial sobre la modulación de los efectos temporales ha sido preponderantemente estatuida en los *Casos Linkletter v. Walker* y *Stovall v. Denno*. En términos generales, la Suprema Corte reconoce su facultad para realizar pronunciamientos de invalidez normativa tanto en forma de anulación hacia el futuro, como de declaración de una nulidad preexistente, sosteniendo la posibilidad de revocar —*overrule*— sus sentencias anteriores para reincorporar al ordenamiento la norma declarada nula.⁶⁷

Conforme a esta doctrina judicial, en términos generales, la judicatura federal y local en los Estados Unidos están obligadas a inaplicar una ley

⁶⁶ Existe acuerdo analítico en cuanto a que el control de constitucionalidad que ejerce la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos puede ser razonablemente concebida como una *gradually cutting away the unconstitutional aspects of a statute by invalidating its improper applications case by case*, por su traducción, "la eliminación gradual de los aspectos inconstitucionales de una ley invalidando caso por caso sus aplicaciones indebidas". En cualquier sentido, la inconstitucionalidad que decreta la Corte solamente beneficia a quien ha sido parte en el proceso, por lo que resulta necesario buscar en cada caso la protección judicial para resistir la eficacia del mandato legal, desde luego, invocando el precedente. La interpretación judicial de la Suprema Corte hace de la frontera entre la ley constitucional y la que no lo es, una de naturaleza dinámica, que se encuentra en un proceso continuo de matizaciones y cuya racionalidad hace difícil recurrir a categorías que, como la de invalidez, nulidad o ineficacia, sólo tienen sentido pleno cuando se predicen respecto de enunciados normativos abstractos. Corwin, Edward, *The Constitution and what it means today*, 14 ed., New Jersey, Princeton University Press, 1978, pp. 177 y 178.

⁶⁷ *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/>» y *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/293/>».

declarada inconstitucional por la Corte a partir de que ésta ha emitido el fallo con el pronunciamiento correspondiente, siempre que esté ante un caso idéntico, similar o análogo que comprenda a la norma ya evaluada, salvo que encuentre en las circunstancias específicas del caso rasgos diferenciales en razón de los cuales considere que la norma o alguno de sus sentidos interpretativos no coincide con la declarada contraria a la Constitución.

En este sentido, es claro que la Corte ha preferido a la seguridad jurídica frente a la justicia, al privilegiar los efectos temporales *ex nunc* —pro futuro— de inconstitucionalidad, mediante la denominada *prospectivity*; sin embargo, su propia jurisprudencia ha generado una hibridación del sistema difuso de control de constitucionalidad en los términos analíticos abordados por María Sofía Sagüés, que permiten hablar de una auténtica flexibilidad en la modulación de los efectos temporales, tanto hacia el pasado —*ex tunc*— como al futuro —*ex nunc*—. ⁶⁸

De esta forma, en el ya citado *Caso Linkletter v. Walker*, la Suprema Corte de Justicia dirá que la Constitución no prohíbe ni requiere efectos retroactivos para la declaración de inconstitucionalidad de una ley mediante la *judicial review*, de ahí que, en concepto del tribunal supremo, la cuestión de la retroactividad obedece a una valoración de política judicial que debe decidirse caso por caso.

Mientras que en *Stoval v. Denno*, la Suprema Corte apunta que los criterios que guían la modulación temporal de los efectos de sus sentencias son: i. el propósito a ser regulado por el nuevo estándar; ii. la extensión del soporte de las autoridades en el viejo estándar; y iii. el efecto en la administración de justicia de la aplicación retrospectiva del nuevo estándar.

⁶⁸ Sagüés, María Sofía, "Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América", en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, núm. 5, 2007, pp. 125-195.

Estas perspectivas, como bien ha identificado Bianchi, que desvinculan los efectos de las sentencias de la Corte de la vinculatoriedad del principio de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene efectos retroactivos, ha dado una nueva fisonomía al sistema de control que desde esta posibilidad de imprimir una temporalidad diferenciada a los pronunciamientos estimatorios de inconstitucionalidad aleja al modelo jurisdiccional de la visión más típica del control difuso clásico y puro, permitiendo al Máximo Tribunal optar por pautas de solución propias del modelo concentrado y, con ello, por construir una jurisprudencia con efectos híbridos.⁶⁹

2. Vinculación de los fallos —la doctrina *stare decisis*—

La eficacia y el alcance del resultado del control de constitucionalidad que ejerce la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos son consecuencia directa de la jurisprudencia de la propia Corte, no así de alguna disposición constitucional en el contexto del ordenamiento jurídico norteamericano, construido como un sistema abierto de reglas concretas que dan la solución a litigios definidos, efecto normativo que como explica el *Justice* Breyer, ha propiciado que la principal labor de la Corte sea interpretar el ordenamiento jurídico no en abstracto, sino para resolver disputas concretas.⁷⁰

⁶⁹ Bianchi, Alberto, "¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Colmes)", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1990 E, p. 1089.

⁷⁰ El *Justice* Stephen Breyer es enfático en apuntar que las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia constituyen el vehículo que permite que las leyes y el resto de disposiciones del ordenamiento jurídico norteamericano cumplan sus finalidades, pues los órganos parlamentarios establecen las bases generales para regular las actividades e interacciones sociales, pero es el caso, con su especificidad y características únicas, el que exige a cada tribunal desentrañar el sentido legal, en muchas ocasiones ambiguo, para determinar cómo aterrizar las hipótesis normativas en la materialidad cotidiana pasada bajo el tamiz de un proceso judicial. Por ello, el Ministro Breyer ha dicho que el ordenamiento jurídico norteamericano llama a una relación colaborativa entre legislaturas y tribunales —aunque no desconoce la posibilidad de la confrontación—, quienes comparten la función interpretativa del sistema, los primeros en una vertiente original y, los segundos, en otra final hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia que cierra ese modelo interpretativo. Breyer, Stephen,

De esta manera, en atención a que la funcionalidad del *case law* norteamericano faculta a cada tribunal a que interpretativamente complemente o, incluso, desestime el sentido normativo de una disposición —por considerarla inconstitucional—, para que su propia estructura no ponga en jaque a los principios de certeza y seguridad jurídica, como enuncia Posner, los precedentes de los tribunales superiores —especialmente los del Alto Tribunal— vinculan hacia el futuro al resto de la judicatura a resolver en términos del criterio creado en la controversia, en aquellos casos idénticos, análogos o similares.⁷¹

La doctrina del *stare decisis et quia non movere*, por su traducción, "estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido" produce la actuación de un poder único, cuyos distintos portadores se vinculan recíprocamente, de manera que cada tribunal está obligado a respetar no sólo sus precedentes, sino también, aunque con una fuerza vinculante más laxa, los establecidos por otros tribunales del mismo grado al resolver casos semejantes —lo que abarca la dimensión *horizontal* y *vertical* del *stare decisis*—, a excepción de la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia que vincula a toda la judicatura de los Estados Unidos, federal y local, en virtud del esquema jerárquico de apelación sobre el cual descansa el sistema judicial, cuyo núcleo es la previsión de una instancia suprema que adopta decisiones que deben ser aceptadas como obligatorias por todos los tribunales.⁷²

Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 151 y 152.

⁷¹ Para el Magistrado federal del Séptimo Circuito, la vinculación del precedente es pilar de la certeza jurídica del sistema norteamericano, toda vez que la posibilidad de creación del derecho de los tribunales federales y locales podría llevar a un sinfín de líneas del ordenamiento, por lo que es indispensable la unificación de uno solo. Éste es el papel que cumple la doctrina del *stare decisis*, mientras extiende la vinculación de los tribunales de mayor jerarquía al resto de la judicatura y no únicamente a sus propios precedentes. Posner, Richard, *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 23 y ss.

⁷² En este sistema judicial, las decisiones previamente adoptadas por otros tribunales que resolvieron un problema semejante comienzan a forjar criterio que guía la resolución de casos similares. Este sistema tuvo origen en Inglaterra, en donde surgió la doctrina del *precedente único o precedente individual obligatorio*, como vía creadora de derecho y generadora de obligaciones. En Inglaterra y Estados Unidos, la fuerza vinculante de la jurisprudencia aparece con la decisión *in point*, es decir, aplicable

Pero aún más, como enfatiza Field, la vinculación de los tribunales norteamericanos a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia no tiene que ver exclusivamente con la tutela al principio de certeza jurídica en cuanto busca evitar que ante casos iguales se pronuncien fallos diferentes, sino también y de manera preponderante atiende a la fuerza normativa que posee la creación judicial del derecho en el ordenamiento jurídico, lo que equivale a sostener que apartarse de los precedentes en casos idénticos o análogos es, en realidad, separarse del sistema positivo vigente.⁷³

Así es el binomio que conforman: el modelo de apelación y la doctrina del *stare decisis* como base de la estructura del sistema judicial confiere una *sui generis* eficacia *erga omnes* a las sentencias de la Suprema Corte de Justicia,⁷⁴ no obstante que el modelo funciona como un control difuso, concentrado, concreto de vía incidental y con efectos relativos o entre las partes, en razón de que a través de sus sentencias adscribe reglas jurídicas concretas creadas *ad hoc* para la solución del caso en cuestión y de todas las futuras controversias con identidad jurídica sustancial.⁷⁵

Aunado a estos elementos, es necesario considerar otra razón técnica por la que los pronunciamientos de la Corte producen una irradiación amplia en el ordenamiento jurídico norteamericano, consistente en que la *ius-adscripción* judicial interpretativa de reglas, normas y principios al derecho producido en sede no solamente legislativa, sino especialmente

a un caso concreto, pues ello lleva a un tribunal a seguirla, en principio, a lo que se ha denominado: la doctrina del precedente legal obligatorio —*the doctrine of the individual binding precedent*—. Goodhart, Arthur, "Precedent in English and Continental Law", en 50 *Law Quarterly Review*, 40, 1934, p. 41.

⁷³ Field, Oliver, "The Effect of an Unconstitutional Statute", *California Law Review*, vol. 23, núm. 5, 1935, pp. 542 y ss.

⁷⁴ En Inglaterra, en los Estados Unidos de América y en los demás países que se rigen bajo el *common law*, basta la existencia de una decisión exactamente aplicable —*in point*—, para que un tribunal se vea obligado, en principio, a seguirla. Insistimos, ello no ocurre en los países de tradición civilista, en los que existe respeto por la jurisprudencia, no por un solo precedente. Algero, Mary, "The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation", en *Louisiana Law Review*, 775, 2005, pp. 776 y ss.

⁷⁵ Cross, Rupert y Harris, Jim W., *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 11.

del Poder Constituyente y del Reformador, abarca también, en el concepto más típico de Dworkin,⁷⁶ tal y como lo he expuesto en el apartado inmediato anterior, la determinación de la correcta *lectura y aplicación* de la Constitución, cuyo sentido preciso y último corresponde fijar al Alto Tribunal, construyendo con ello la razón pública identificada por Rawls,⁷⁷ aspecto que consustancialmente vincula no solamente al resto de tribunales, sino también a los órganos legislativos y ejecutivos, a los cuales no les es posible remover el obstáculo que para el cambio del derecho representa una decisión de inconstitucionalidad.⁷⁸

Esta fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte se halla teórica y jurisprudencialmente anclada a cuatro fundamentos hilvanados por las nociones de Sagüés y por la propia línea judicial del Máximo Tribunal, en los términos subsecuentes:⁷⁹

⁷⁶ Esa lectura de la Constitución, bajo el tamiz de la *judicial review of legislation*, es en realidad la construcción de derecho viviente en cada caso, como lo ha definido el profesor Dworkin. En palabras del extinto jurista, esta lectura exige a los operadores en lo general y a la Suprema Corte de Justicia en lo particular encontrar la mejor concepción sustantiva —moral— de los principios constitucionales, el mejor entendimiento de lo que supone mantener el estatus de equidad entre todas las personas y, a partir de ello, adscribir significados que mantengan la integridad valorativa de la Constitución, de modo que el régimen democrático se sostenga en dos condiciones: i. la estructural, que implica una comunidad histórica y culturalmente emergida; y ii. la relacional, que postula la necesidad de que toda persona, por el solo hecho de formar parte de esa comunidad, esté en igual oportunidad de exponer sus opiniones sobre las decisiones colectivas, con independencia de sus creencias, habilidades, talentos o convicciones. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 11, 12 y 21 al 26.

⁷⁷ El profesor Rawls señala que una de las principales funciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América reside en desarrollar la razón pública. Este concepto es el que asegura que el ejercicio del poder político sea adecuado, el cual se desdobra en una triple versión: i. que se respeten ciertos derechos, libertades y oportunidades básicas; ii. que se asigne una especial prioridad a esos derechos, libertades y oportunidades, sobre todo en lo referente a las exigencias del bien general; y, iii. que se establezcan medidas que aseguren a toda la ciudadanía medios apropiados para el ejercicio eficiente de sus libertades y oportunidades básicas. Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 213 y ss.

⁷⁸ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, Inc, 1978, pp. 22 y ss.

⁷⁹ Sobre estas bases la Suprema Corte de Justicia ha establecido la fuerza vinculante de su jurisprudencia, que ha tenido un efecto pedagógico y de guía no solamente para los demás tribunales del país, sino para todas las autoridades y la sociedad en su conjunto, lo que ha sido justificado en aras de lograr certeza, estabilidad y coherencia normativa mediante la jurisprudencia, a partir de que esa definición proviene del Máximo Tribunal e intérprete final de la Constitución. Sagüés, Néstor Pedro, "La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y

1. Igualdad. El precedente permite otorgar a las partes el mismo trato ante los tribunales.
2. Previsibilidad. Las partes en concreto y la sociedad en conjunto deben saber a qué atenerse en casos futuros frente a los cuales opera un precedente.
3. Economía procesal. La aplicación de los criterios sentados en precedentes permite ahorrar tiempo y recursos para resolverlos.
4. Respeto a lo decidido. Es un reconocimiento al acierto de la solución dada al caso, lo que crea un sistema de soluciones pragmáticas.

Desde luego que la vinculatoriedad de los fallos de la Corte repercute en la función ordinaria del legislativo, como consecuencia de la supremacía que adquiere su doctrina judicial bajo los referentes autopoyéticos que subyacen a la jurisprudencia norteamericana. Ha sido la propia Corte la que ha estimado que, si bien la Constitución encomienda al Legislativo la adopción de leyes apropiadas para salvaguardar los principios constitucionales frente a la actividad o inactividad de los estados, esto no significa que dicho poder esté habilitado para definir de manera previa el contenido y alcance de los derechos a preservar, mucho menos si estos elementos han sido establecidos judicialmente.⁸⁰

Argentina", en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 4, núm. 1, julio de 2006, pp. 17-32.

En 2006, la Corte refrendó la relevante importancia de la doctrina: *stare decisis*, como principio jurídico que ordena el respeto judicial a las decisiones previas de un tribunal y dispone las reglas que el precedente comprende. En palabras del Alto Tribunal, el "*stare decisis*: promueve el imparcial, predecible y consistente desarrollo de los principios jurídicos, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la efectiva y percibida integridad del proceso judicial". De esta forma, la Suprema Corte de Justicia dirá que la adherencia a la jurisprudencia —*case law*— asegura el imperio del derecho —*rule of law*—, lo que es indispensable para el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico. *Randall v. Sorrell*, 548 U.S. 230 (2006). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/230/>».

⁸⁰ Este criterio fue definido en el *Caso City of Boerne v. Flores*. En su fallo, el Alto Tribunal determinó que, cuando interpreta la Constitución, actúa en el marco de la competencia del Poder Judicial, lo cual incluye no sólo la facultad sino especialmente el deber de declarar cuál es el derecho constitucional aplicable a cierta disputa y a futuro a casos similares o idénticos. La Corte fue enfática sobre la vinculación de los otros poderes a sus sentencias y estableció que cuando éstos actúan contra el fundamento de una interpretación judicial de la Constitución deben ser conscientes de que en liti-

Esta ampliación de los efectos de sus sentencias al ámbito de acción y ejercicio de competencias del resto de órganos y poderes del Estado americano se desdobra en forma que veda la posibilidad de que el Legislativo y el Ejecutivo sobrepongan su interpretación a la de aquella respecto de principios, derechos o reglas que hayan sido objeto de pronunciamiento judicial, y restringe igualmente la posibilidad de que mediante una ley se modifique, altere o derogue un precedente judicial constitucional, lo que en esencia, ha dicho la Suprema Corte de Justicia, se podría equiparar a un fraude constitucional.⁸¹

La modulación expansiva en la vinculación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, como sugiere Ahumada Ruiz, de manera alguna impide que el Legislativo incite al Alto Tribunal a revisar y modificar su doctrina, pero siempre por la vía de un litigio posterior; sin embargo, lo que difícilmente puede hacer el órgano parlamentario es imponer ese cambio mediante un procedimiento de producción normativa. Este efecto irradiador expansivo de los fallos genera un principio en el interior del ordenamiento jurídico, que puede enunciarse de la siguiente forma: en razón de que la Corte concretiza las cláusulas constitucionales, sus sentencias coestablecen el contenido de la norma fundamental y, por tanto, son preeminentes en el sistema de fuentes del ordenamiento norteamericano, de modo que intentar evadir sus criterios judiciales resulta equiparable a intentar defraudar las normas constitucionales.⁸²

gios posteriores aquella hará valer el criterio precedente con el respeto que le debe de acuerdo con el principio de *stare decisis*, por lo que cualquier expectativa en contrario debe ser desalentada. *City of Boerne v. Flores* 521 U.S. 507 (1997). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/507/>».

⁸¹ Monaghan, Henry, "Stare Decisis and Constitutional Adjudication", en *Columbia Law Review*, vol. 88:4 1988, pp. 723-773.

⁸² Desde luego que esta línea judicial no significa que la Corte se resista o niegue la factibilidad de que los precedentes constitucionales pueden ser revocados —*overruled*— y, con ello, que su doctrina constitucional evolucione en el tiempo. El correcto entendimiento de este criterio es que la Corte mantiene el completo control sobre su doctrina sentada en los precedentes judiciales, de tal manera que sólo suya es la decisión de cuándo y con qué alcance conviene modificarla o, llegado el caso, revocar un precedente. Ahumada Ruiz, María de los Ángeles, "Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores", en ID. *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, Catalunya, Institut d'estudis Autònomic, 2012, pp. 41-43.

Un reflejo jurisprudencial directo de esta postura de la Corte lo encontramos plasmado en las sentencias de los casos *Planned Parenthood v. Casey of Southeastern Pa.*⁸³ y *Dickerson v. United States*.⁸⁴ En el primer asunto, la Corte entenderá que el respeto a los intereses protegidos por el *stare decisis* constitucional actúa en favor del precedente, incluso ante la duda o, todavía más, ante la convicción de que el precedente ya no representa el derecho aplicable. En el segundo fallo, el Alto Tribunal hizo un enérgico llamado ante la posibilidad de que el legislador modificara los estándares establecidos para la detención de personas en el *Caso Miranda v. Arizona*,⁸⁵ señalando enfáticamente que la declaración de esas prerrogativas o derechos a favor de las personas se encontraba tan arraigada en la rutina policial en todo el país, que se han convertido en parte de la cultura nacional, de modo que el principio de *stare decisis* actuaba de manera decidida contra su revocación.

Pero aún más, la incidencia que sobre el entendimiento de la Constitución y el contenido de las leyes y demás actos ejecutivos tiene la doctrina judicial en la realidad material del ejercicio político y competencial de los otros dos poderes y del resto de órganos estatales ha adquirido la calidad de costumbre constitucional necesaria para el funcionamiento adecuado del sistema democrático,⁸⁶ situación que ha normalizado que

⁸³ *Planned Parenthood v. Casey of Southeastern Pa.* 505 U.S. 833 (1992). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>».

⁸⁴ *Dickerson v. United States* 530 U.S. 428 (2000). Disponible en «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/428/>».

⁸⁵ Dentro de los estándares estatuidos jurisprudencialmente cuando cualquier corporación policiaca realiza una detención de persona, destacan: la declaración de derechos que se le lee o se dice de viva voz a la persona involucrada en la detención, así como recordarle su derecho a guardar silencio y contar con asistencia legal de alguien que ejerza la abogacía. *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>».

⁸⁶ En los sistemas jurídicos regidos por el *case law*, el principio de *stare decisis* en sus dimensiones vertical y horizontal protege determinados postulados esenciales en un Estado democrático y constitucional de derecho. Por ello, a pesar de que en los Estados Unidos de América no encontramos algún precepto constitucional o legal que expresamente disponga la obligación de los tribunales de adherirse a los precedentes que les vinculan, el *stare decisis* no pierde su fuerza vinculante, lo que coloca a los precedentes como un parámetro normativo fundamental, llegando al punto de constituir auténticos criterios de control de constitucionalidad del sistema difuso. Existe un importante acuerdo a nivel de la doctrina norteamericana, en el sentido de que, a través de la fuerza vinculante

tanto poderes públicos como sociedad acepten como legítimas las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, incluso aquellas que abordaron temas frente a los cuales hay discrepancias o profundas polarizaciones.⁸⁷

Esta simbiosis entre la actividad de la Corte y el resto de componentes del Estado norteamericano, que encuentra asidero en el concepto racional normativo de Constitución como instrumento jurídico que efectivamente constituye, organiza poderes y delega competencias, ha puesto al papel interpretativo y definitorio del derecho admisible en el ordenamiento que realiza el Alto Tribunal, bajo una condición de deferencia constitucional por la que difícilmente resulta razonable para los actores políticos y sociales cuestionar las decisiones judiciales, al grado de no acatarlas.⁸⁸

Como certeramente explica Ahumada, los aspectos de interpretación constitucional que en etapas tempranas del quehacer judicial fueron objeto de importantes disputas entre los poderes públicos y diversos sectores

de los precedentes en todos los ámbitos de la actividad jurisdiccional, se garantizan los más importantes valores del *rule of law*. Eisenberg, Melvin, *The Nature of Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, p. 49; y Maltz, Earl, "The Nature of Precedent", en *North Carolina Law Review*, vol. 66, núm. 2, pp. 368 y 369.

⁸⁷ El *Justice* Breyer desarrolla la tesis de que, en su tarea de salvaguardar la Constitución, la Suprema Corte de Justicia debe orientar la labor de las otras ramas del poder público para conseguir que la democracia funcione. La experiencia vendría a demostrar que el reconocimiento de la especial autoridad del Tribunal Supremo en materia de interpretación de la Constitución ha contribuido a la larga a favorecer la lealtad institucional y a potenciar el diálogo entre los actores políticos y el Tribunal Supremo, a results de lo cual la democracia constitucional se ha visto fortalecida. Con todo, ¿podríamos encontrar además una base constitucional sobre la que apoyar el principio de la "supremacía interpretativa"? ¿Cuáles son los inconvenientes que llevan a muchos constitucionalistas a recelar de lo que consideran un puro *ipse dixit* del Tribunal? Breyer, Stephen, *op. cit.*, pp. 39-50.

⁸⁸ Ese efecto de vinculación aparece englobado en un sistema de *stare decisis*, propio de los países del *common law*. Como es suficientemente sabido, el *stare decisis* implica una política de las Cortes basada en seguir el precedente y no disturbar el punto sentado, por lo cual, cuando un tribunal ha sentado un principio de derecho como aplicable a una cierta categoría de hechos, ella adherirá a dicho principio, y lo aplicará a casos futuros, donde los hechos son sustancialmente los mismos, sin tener en cuenta si las partes son las mismas. Esta jerarquización del resultado del control de constitucionalidad, incluso frente a otros poderes o ramas del Estado norteamericano, ha quedado patente en la propia doctrina de la Suprema Corte de Justicia, como podemos advertir de las resoluciones dictadas en: *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>» y *Powell v. McCormack* 395 U.S. 486 (1969). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/486/>».

de la sociedad han dado paso a una doctrina judicial legítima que cierra el sistema, confeccionando con ello una *stare decisis constitucional* que ha llevado a pensar en la coexistencia del *overruling legislativo* que se ha asentado en el ordenamiento jurídico americano,⁸⁹ aunque desde luego, no exento de un elenco de caminos para burlar esa fuerza vinculante, cuyo estudio no puede realizarse en el presente ensayo, por el riesgo que implicaría abrir un tema que, si bien, se halla relacionado con lo que ahora revisamos, sin lugar a dudas tiene su propia especificidad técnica que amerita pronunciamiento aparte.

D. Tipología de sentencias en casos emblemáticos

En este apartado revisaremos algunos casos emblemáticos —*leading cases*— dentro de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia norteamericana. Sin embargo, debo advertir a las lectoras y los lectores que no será un típico análisis de los precedentes como si el presente ensayo estuviera inscrito en un libro de casos —*casebook*—, en el que habitualmente se analizan los hechos de la controversia; la identificación y argumentos de las partes; las preguntas clave que fueron despejadas con el fallo y el criterio final adoptado por el Alto Tribunal. En realidad, como es una obra sobre tipología de sentencias y sus efectos, el análisis de los fallos que he seleccionado estará orientado a extraer las características de los pronunciamientos y los efectos más destacados que cada sentencia produjo en el ordenamiento jurídico.

⁸⁹ Al retomar las ideas del Justice Brandeis, Ahumada precisa que no solamente a nivel doctrinal, sino más importante aún, política y jurídicamente, en los Estados Unidos de América han aceptado con mediana razonabilidad que la Suprema Corte de Justicia dirima definitivamente las disputas como parte del juego democrático y del proceso abierto que la Constitución garantiza. Por una parte, el Congreso, la Presidencia y las asambleas de los estados pueden defender las opciones políticas que consideran respaldadas por la mayoría o que estiman más beneficiosas para el interés general, incluso cuando tales propuestas ponen en cuestión una doctrina o interpretación de la Corte; pero finalmente, si ello es llevado a juicio y rechazado por el Alto Tribunal, esa defensa y posición terminan ahí, por lo que prevalece la doctrina judicial. Ahumada Ruiz, María de los Angeles, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

Para ello, abordaré algunas sentencias agrupadas por bloques temáticos bajo los siguientes rubros: a. Sentencias fundacionales del control de constitucionalidad; b. Sentencias reduccionistas de los derechos fundamentales; y, c. Sentencias expansivas de los derechos fundamentales.

I. Sentencias fundacionales del control de constitucionalidad

Como ha sido suficientemente explorado, el *Caso Marbury v. Madison* constituye el origen jurisprudencial para el control judicial de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos de América.

Para efectos de este apartado ¿qué interesa del fallo? Que para definir si Marbury tenía o no el derecho a recibir el nombramiento que había hecho a su favor el Presidente Adams —junto a otras personas designadas— como Juez de paz, y que fue retenido por el entonces Secretario de Estado, James Madison, la Corte se enfrentó a algunas peculiaridades sobre la revisión de los actos llevados a juicio que la condujeron a emitir un fallo *sui generis* y paradigmático, básicamente sobre dos motivaciones: una de tipo orgánico-procesal y otra sustantiva, en cuanto a la discrecionalidad política del acto que se reclamó de Madison.

Lo primero que debemos destacar es que el control de constitucionalidad realizado por la Suprema Corte de Justicia en este caso fue ejercido de manera oficiosa, es decir, sin que alguna de las partes planteara la invalidez de la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789, por lo que podemos decir que, al menos desde 1803, jurisprudencialmente quedó inaugurado el control *ex officio de constitucionalidad* de leyes en los Estados Unidos de América.

En cuanto a la motivación del fallo, la Corte se ocupó, en primer lugar, de su competencia para conocer de la controversia en única instancia, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789, que le otorgaba la atribución para emitir un mandato —*writs of manda-*

mus— a los funcionarios del gobierno de los Estados Unidos, en el caso al Secretario de Estado, a fin de que expidiera el nombramiento del actor como Juez de paz del Condado de Washington, Distrito de Columbia. El texto de la Sección 13 establecía:

La Suprema Corte tendrá también jurisdicción en apelación respecto de los tribunales de circuito y los tribunales de los diferentes estados, en los casos que de aquí en adelante especialmente se señalen; y tendrá poder para emitir órdenes de prohibición a los tribunales de distrito, cuando estos procedan como tribunales de almirantazgo y jurisdicción marítima, y órdenes en todos los casos garantizados por los principios y los usos de la ley a los tribunales designados, o a las personas que tengan cargos bajo la autoridad de los Estados Unidos.

La Corte estimó que dicha facultad era contraria al artículo III de la Constitución, precepto que establecía que su jurisdicción debía operar siempre bajo el sistema funcional de apelación, pero no mediante una vía directa de revisión de los actos y facultades de los funcionarios del gobierno en única instancia, distintos de los supuestos expresamente reconocidos en la propia norma fundamental.

La segunda consideración de la resolución abordó la discrecionalidad que poseían los funcionarios del gobierno de los Estados Unidos para ejercer sus atribuciones y, frente a la cual, el Poder Judicial no estaba facultado para realizar un escrutinio, en atención a que ello se traduciría en que la Corte se entrometiera en los asuntos de otra rama del poder público, lo que resultaba contrario al esquema de repartición de competencias establecido en la Constitución.

De esta manera, mediante una *sentencia interpretativa de adscripción constitucional*, la Corte finalmente corrió el velo que el Constituyente de 1787 dejó como telón de fondo al promulgar la Constitución, puesto que, como vimos en el núcleo de este ensayo, si bien en toda la genealogía constituyente estuvo presente la voluntad de hacer del Alto Tribunal

el defensor de la supremacía constitucional, lo cierto es que esa atribución solamente se esbozó de manera implícita en el artículo III de la Carta Suprema, pero su asentamiento expreso surge, en realidad, como una creación jurisprudencial a través de esta sentencia.

Esta operación fundacional del control de constitucionalidad de las leyes en Norteamérica produjo varios efectos, por una parte, *la atribución ex officio que se arrogó la Corte* para ampliar su quehacer hasta ese punto de revisión en el caso concreto; por otra, que reservó para sí y en definitiva la facultad de asignar el significado de lo que *dice la Constitución y el conjunto del ordenamiento legal*; y, finalmente, la adopción de la consecuente atribución *para invalidar los actos de otras ramas del poder que sean opuestos no sólo al texto expreso de aquélla, sino también y de manera principal, a lo que el Alto Tribunal interpretativamente sostiene que debe ser integrado al texto fundamental*.

El segundo fallo que he agrupado en este apartado propició una revitalización de la *doctrina Marshall* sobre la vinculatoriedad de los efectos y las atribuciones de la Corte cuando ejerce la *judicial review of the legislation*, me refiero al *Caso Cooper v. Aaron* de 1958.⁹⁰ Tras la sentencia de *Brown v. Board of Education* —que examinaremos más adelante—, la Corte se enfrentó a una serie de actos anómalos de autoridades ejecutivas locales en Little Rock, Arkansas, que pretendían desconocer la doctrina judicial acerca de la interpretación sobre la Enmienda 14^a y su desdoblamiento en la prohibición de la segregación racial en las escuelas públicas, al impedir la integración de estudiantes de raza negra en colegios a los que asistían personas de raza blanca, mediante el uso de las fuerzas policiales locales.

En su sentencia, la Corte reafirma su lugar de privilegio en la interpretación constitucional y otorga *a su jurisprudencia un carácter vinculante*

⁹⁰ *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/>».

que crea un contorno sobre los alcances de los actos del poder público, entre otros, de los ejecutivos estatales respecto de los cuales el Alto Tribunal dirá que se encuentran vinculados a su interpretación, por lo que las órdenes que de ellos provengan no pueden sobreponer el sentido y efecto establecido para algún derecho, principio o regla constitucional diverso del adoptado judicialmente, *sosteniendo con ello una irradiación extensiva de sus pronunciamientos* que ha llevado a replantear el entendimiento de los efectos relativos al caso concreto que supone el modelo de control difuso norteamericano, esto es, la declaración de inconstitucionalidad con efectos no derogatorios.⁹¹

¿Desde el punto de vista de la tipología de las sentencias, qué debemos destacar de este precedente? Que haciendo gala de la doctrina adoptada en *Marbury v. Madison*, el Alto Tribunal recuerda a los poderes públicos *la ius-adscripción jurisprudencial del principio de la supremacía judicial para fijar los contenidos interpretativos de la Constitución*, lo que debe ser respetado como *parte conformante de la misma*, no solamente por dichos poderes, sino por el país entero, con lo cual *confiere una especie sui generis de efectos generales —erga omnes— a sus criterios judiciales*, pero no sobre *la validez en sí misma de la disposición*, sino respecto de *la interpretación-creación del Derecho Constitucional definido en el precedente* y la manera en que los poderes quedan vinculados a desarrollar sus atribuciones de manera alineada a esa *adscripción judicial que integra a la propia Constitución*, siempre que dicho ejercicio tenga relación con algún tema definido en el precedente, lo que abarca, incluso, la producción normativa y la adopción de políticas públicas o actos ejecutivos.

⁹¹ Esta extensión en los efectos de los pronunciamientos del Máximo Tribunal ha sido objeto de análisis de la doctrina constitucional norteamericana. El profesor Tribe ha sustentado que el efecto de los precedentes de la Corte implica una *vinculación general* sobre los integrantes del Poder Ejecutivo y Legislativo, quienes con base en una costumbre constitucional estatuida por el propio tribunal tienen la obligación jurídica, pero sobre todo, *el compromiso moral* de adoptar los criterios interpretativos fijados judicialmente. Esta especie *sui generis* de efectos *erga omnes* posiciona a la Suprema Corte como el órgano que concentra y caza el control de constitucionalidad federal, fijando a partir de esa posición la hoja de ruta de las posibilidades que otros poderes tienen cuando intervienen en materias que han sido abordadas judicialmente. Tribe, Laurence, *op. cit.*, p. 18.

Bajo esta concepción de la funcionalidad del control judicial, la Corte despejará de manera definitiva y contundente cuál es el alcance de la Enmienda 14ª interpretada en el caso *Brown* —cuyo pronunciamiento sobre el tema de fondo guarda identidad jurídica sustancial con el de *Cooper*—, al establecer que el significado asignado es también la ley suprema, por lo que cada uno de los poderes está obligado a sostenerlo —dirá el tribunal— *como parte de la Constitución misma*, lo que asentó en definitiva el monopolio de la interpretación-creación constitucional y reconfirmó su papel como órgano de cierre del sistema, siguiendo con ello la célebre aseveración del *Justice Jackson* en el voto concurrente que formuló en el *Caso Brown v. Allen*, en el sentido de que las decisiones de la Corte no son finales porque sean infalibles, sino que son infalibles porque son finales.⁹²

II. Sentencias reduccionistas de los derechos fundamentales

La primera sentencia de la que me voy a ocupar en este apartado es, sin lugar a duda, una de las catástrofes jurisprudenciales más notorias en la historia del quehacer de la Suprema Corte de Justicia, al grado de que sus implicaciones políticas y sociales en el contexto histórico que la rodeó la sitúan como una de las causas que desencadenó la guerra civil en los Estados Unidos de América.⁹³

La resolución del *Caso Dred Scott v. Sandford* supuso para la Corte revisar la constitucionalidad de la Ley Federal del Pacto de Missouri de 1820, cuerpo legal que abolía la esclavitud al norte de una línea geográfica denominada Mason-Dixon, para determinadas entidades de la Federación, al tiempo que las permitía para otras del sur.

⁹² *Caso Brown v. Allen* 344 U.S. 443 (1953). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/344/443/>».

⁹³ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 146-161.

Asimismo, el caso implicó definir si una persona negra quedaba libre de esclavitud tras haber residido en un estado de la Unión Americana no esclavista y, por tanto, adquiriría la condición de ciudadanía de pleno derecho para, entre otras posibilidades, reclamar judicialmente su libertad.⁹⁴ Resulta oportuno destacar que después de la resolución dictada en *Marrbury v. Madison* de 1803, éste es el siguiente caso del siglo XIX en el que la Suprema Corte de Justicia abordó la constitucionalidad de una ley y la declaró inválida.

Este fallo presenta una serie de incongruencias de técnica judicial y refleja todo lo que un tribunal constitucional no debe adoptar como motivación de una resolución. En primer lugar, en el apartado de legitimación en la apelación interpuesta ante su jurisdicción, la Corte declaró que Scott era esclavo y, por ende, que no poseía la calidad de ciudadano en el pleno sentido de la palabra, por lo que no contaba con capacidad jurídica para fincar su defensa, no obstante, decidió entrar al fondo de la controversia.

¿Sobre qué consideración fincó el Alto Tribunal su afirmación? A partir de una *adscripción interpretativa a la Constitución que generó una diferenciación de la condición de ciudadanía con motivo de la condición racial de cada persona*, que evidentemente no estaba en el texto expreso de la norma suprema.

En segundo lugar, esta interpretación adscriptiva *definió el estatus de ciudadanía* en el ordenamiento jurídico desde un enfoque esclavista —encabezado por el *Chief Justice* Taney y que fue compartido por el resto de miembros de la Corte—, anulando el principio estatuido vía precedentes por los tribunales de Missouri, conocido como: "una vez libre, siempre libre" —*once free, always free*—, que consistía en que si una persona esclava en una entidad regresaba luego de haber estado en otra en la que estuvo libre podía permanecer siendo libre.

⁹⁴ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>».

Pero esta definición *vía ius-adsriptiva constitucional* de lo que era la ciudadanía —en el constitucionalismo contemporáneo sería inaceptable por ser abiertamente *contra homine*— fue aún más allá de la de por sí inconcebible distinción entre personas blancas y negras, al afirmar que estas últimas pertenecían a *una raza considerada inferior* por el Poder Constituyente. Así lo determinó la Suprema Corte de Justicia:

La cuestión es muy sencilla, ¿puede un negro, cuyos antepasados llegaron a este país para ser vendidos como esclavos, convertirse en un miembro de pleno derecho de la comunidad política creada por nuestra constitución y, por consiguiente, gozar de todos los derechos, libertades e inmunidades que ésta garantiza? Uno de estos derechos es litigar ante un tribunal, en los casos en que la Constitución prevé.

Las expresiones "el pueblo de los Estados Unidos" y "los ciudadanos" son sinónimas. Ambas se refieren al cuerpo político que, de acuerdo con nuestras instituciones republicanas, es titular de la soberanía, detenta el poder y gobierna a través de sus representantes. Es lo que coloquialmente llamamos "el pueblo soberano", y cada ciudadano es parte de él e individualmente titular de la soberanía. La cuestión es si la persona ahora recurrente forma parte de ese pueblo y si es cotitular de la soberanía. Creemos que no. Este tipo de personas no están incluidas y no estaba previsto que lo estuvieran, en el concepto constitucional de "ciudadanos" y, por consiguiente, no pueden válidamente reclamar ninguno de los derechos y libertades e inmunidades que la Constitución garantiza a los ciudadanos de los Estados Unidos. Al contrario, en el momento constituyente eran considerados una raza subordinada e inferior, bajo la autoridad de la raza dominante, y, en libertad o en esclavitud, continúan sometidos a ella y no tenían más derechos que los que las autoridades quisiesen otorgarles.

No es competencia de esta Corte pronunciarse sobre la justicia o injusticia de estas reglas, o sobre si son adecuadas o inadecuadas.

Esta decisión corresponde al poder político o al titular de la potestad legislativa, a quienes eran titulares de la soberanía y elaboraron la constitución. Nuestra tarea es interpretar la constitución, según todos los puntos de vista que podamos obtener acerca de la cuestión y administrarla tal como nos ha sido dada y en función tanto del verdadero sentido de las palabras en el momento en que fue promulgada, como de la intención con que fue promulgada.

El tercer efecto consistió en que mediante una interpretación aparentemente fincada en un *modelo originalista contra homine* de la Declaración de Independencia el Tribunal Supremo extrajo el sentido histórico y el lenguaje que los —*Framers*— dieron a las personas negras que, previo a la fundación de los Estados Unidos, fueron importadas —ellas o sus ancestros— para servir como esclavas, por lo que constitucionalmente era inviable considerarlas ciudadanas —no formaban parte del pueblo fundador: *the people*—.

De esta manera, la Corte declaró *la constitucionalidad de la esclavitud y acuñó la condición de no-persona* para quienes eran de raza negra, con la *consecuente inconstitucionalidad de la ley federal que admitía excepciones en algunos estados del norte*, a las cuales *asignó un estatus equiparable a cosas o propiedades* y respecto de quienes los propietarios en ejercicio del derecho a la propiedad privada reconocido en la 5ª Enmienda podían trasladar de un lugar a otro sin que la Ley Federal del Pacto de Missouri o las de los diversos estados tuvieran capacidad legal de restringir o abolir la condición de esclavitud instaurada en la entidad en donde la persona nació con ese estatus.

En esta línea, el Máximo Tribunal estableció que, como objeto de propiedad de otras personas a quienes se les consideraba pertenecientes a una raza dominante, los esclavos gozaban de cierta protección constitucional asociada, precisamente, a la propiedad privada, la cual sí estaba protegida por la Constitución. Sin embargo, esta construcción normati-

va es una falacia, porque la 5ª Enmienda protege a las personas dueñas de bienes o propiedades, pero no a los objetos que conforman la propiedad.

Un cuarto efecto reduccionista que encontramos en la sentencia tiene que ver con que la Suprema Corte de Justicia determinó que la esclavitud *estaba implícitamente autorizada por la Constitución, lo que justificó mediante una distinción de las personas que debían ser consideradas ciudadanas y las que no*, de manera que no era posible abolir la esclavitud mediante leyes secundarias, *sin atentar contra la propia norma fundamental*.

Desde el punto de vista de los efectos del fallo, es claro que este precedente refleja también la complejidad que representó para la Corte resolver cuestiones fundamentales de política nacional en aquella etapa, *sin contar con bases constitucionales expresas y claras*, sino a partir de la *construcción de parámetros de control mediante adscripción interpretativa* que su pronunciamiento significó. Al mismo tiempo, la sentencia muestra con enorme claridad el enorme poder de esa *ius-adscripción* que el propio modelo de control de constitucionalidad le confiere a la Corte con los alcances que expliqué en este ensayo, para dictar sentencias que co-crean el derecho constitucional que ha de regir en todo el ordenamiento jurídico, con el impacto normativo, social, económico y político que ello significa en un Estado democrático y constitucional de Derecho.

La adscripción vía interpretación que efectuó el Máximo Tribunal de las categorías que he mencionado en párrafos inmediatos anteriores no solamente resulta inadecuada desde los anteojos del constitucionalismo contemporáneo —merece cualquier rechazo en la actualidad—, sino que también lo fue para el momento político y social en el que la decisión tuvo lugar, pues la Corte ahondó en el enorme conflicto existente entre los estados del norte y del sur, desterró cualquier posibilidad de integración y asociación de las personas blancas con las de raza negra más allá del vínculo de dominación y explotación económica de las que las primeras eran beneficiarias, constitucionalizó la esclavitud como forma

de legitimar y perpetuar la relación asimétrica entre un grupo y otro, y permitió que continuaran los beneficios económicos que durante más de un siglo había representado la explotación de las personas negras.

Sin lugar a dudas, su decisión abonó al terreno de la guerra civil. Una vez concluida la guerra, en virtud de que el control de constitucionalidad ejercido por la Suprema Corte de Justicia en el precedente fue insuficiente para resolver el conflicto medular que subyacía al caso y, por el contrario, lo ahondó e hizo crítico, el Presidente Lincoln acudió al procedimiento de modificación constitucional, tal y como el propio *Chief Justice* Taney lo sugirió en la ominosa sentencia, con el propósito de expedir la 13ª Enmienda que abolió definitivamente la esclavitud, por lo que la solución que no pudo lograrse vía judicial se impuso mediante reforma constitucional.

El siguiente asunto que he seleccionado para esta parte se refiere a la sentencia del *Caso Plessy vs. Ferguson*, decisión que nos presenta a una Corte dispuesta a sostener el régimen de discriminación contra las personas negras, generando ciudadanía de primera y de segunda categoría, y acudiendo para ello a una interpretación de la 14ª Enmienda en contra de su texto expreso.⁹⁵

La 14ª Enmienda fue expedida en 1868, como una modificación esencial para lograr la igual condición de ciudadanía de las personas negras y blancas en los Estados Unidos de América, lo que constituye una de las reivindicaciones más relevantes de la guerra civil.

A pesar de la introducción de esta enmienda como parte del criterio de regularidad constitucional, a nivel de la normalidad constitucional la sociedad norteamericana que habitaba en los estados del sur de los Estados Unidos de América estaba contra la plena igualdad de ciudadanía

⁹⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>».

para las personas negras, por motivos estrictamente raciales y de beneficios económicos. El argumento social se basaba en que una cuestión era acabar con el sistema esclavista que permitió durante siglos la explotación de las personas negras y, otra muy distinta, establecer un compromiso social de asimilación para que éstas y las personas blancas convivieran, acudieran a las mismas escuelas, comieran en los mismos restaurantes, utilizaran los mismos medios de transporte, etcétera, pensamiento social que fue acompañado desde la Corte mediante la construcción de una doctrina judicial dominante a finales del siglo XIX, conocida como: "iguales, pero separados" —*separate but equal*—.⁹⁶

En *Plessy vs. Ferguson*, la Suprema Corte de Justicia afianza de manera definitiva la doctrina "iguales, pero separados", que estaría viva hasta el *Caso Brown vs. Board of Education* que más adelante abordaré.

¿Por qué es importante el fallo desde la perspectiva de los efectos de las sentencias de constitucionalidad? En primer lugar, porque la Corte realizó el estudio de la regularidad de la Ley de Louisiana, que establecía la obligación a cargo de las compañías ferroviarias de contar con vagones de uso exclusivo para personas blancas y otros para personas negras. En el juicio, el actor alegó que la ley —que le había sido aplicada durante un viaje en tren en el que se negó a sentarse en el vagón destinado a personas negras pese a que él era negro— violaba las Enmiendas 13ª y 14ª que garantizaban la no discriminación.

La Corte declaró la constitucionalidad de la ley, acudiendo a una interpretación de la 14ª Enmienda conocida como *cláusula de protección igualitaria*, conforme a la cual, si bien aquélla exige trato igualitario en virtud

⁹⁶ Esta doctrina quedó conformada, entre otras, por las siguientes sentencias: *Slaughterhouse Cases* 83 U.S. 36 (1872). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/36/>»; *United States v. Cruikshank* 92 U.S. 542 (1875). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/542/>»; *Pace v. Alabama* 106 U.S. 583 (1883). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/>» y *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883). Disponible en: «<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/>».

de la condición de ciudadanía, ello no debía llevarse al extremo de eliminar las distinciones entre personas negras y blancas, en función de que era evidente que pertenecían a razas distintas, lo que justificaba el trato diferenciado o, dicho en otras palabras, discriminatorio.

De esta forma, mediante otra *ius-adscrición interpretativa contra texto expreso de la 14ª Enmienda*, el Máximo Tribunal sostuvo que ésta tuvo la finalidad de reconocer el derecho a la ciudadanía de personas negras y blancas, lo que no suponía, sin embargo, abolir las distinciones naturales y sociales basadas en el color de la piel, mucho menos que tuviera el alcance de forzar a una igualdad social, u obligar a las razas a mezclarse y llevar a cabo pactos insatisfactorios de convivencia entre ellas.

En segundo lugar, la Suprema Corte de Justicia dijo que la connotación *de igual ciudadanía y protección* estatuida en la Enmienda 14ª no exigía que las personas negras y blancas estuvieran juntas o, dicho en otros términos, que tuvieran que convivir en las actividades cotidianas de la vida. Esta interpretación proyecta una *adscrición al contenido de la Enmienda 14ª que desnaturaliza por completo su texto expreso*, en cuya Sección 1 se hace alusión a que poseen el estatus de ciudadanía con igualdad de pleno derecho quienes nazcan o se naturalicen en los Estados Unidos de América. Por ende, es evidente que, al acudir a la noción de distinción de razas para justificar la segregación y discriminación social de las personas negras, la Corte volvió a *configurar artificialmente una ciudadanía de primer nivel para las personas blancas y una inferior para las negras*, pero ahora no con apoyo en la fuerza normativa de la Constitución, como sucedió en el *Caso Scott*, sino en la consideración social de las personas de raza blanca.

Como tercer elemento del pronunciamiento, el Alto Tribunal sostuvo que la ley era constitucional, ya que el órgano legislativo estaba facultado a ponderar la realidad social, usos, costumbres y tradiciones del pueblo, en miras a promover su confort, el bien común y la preservación de la paz y buen orden, *siendo válido para ello promulgar disposiciones de segregación*

en el uso del tren u otros lugares o espacios al que tenían derecho a acceder personas blancas y negras, pero que no tenía por qué ser juntas, ni mediante una convivencia entre ambas.

Bajo un argumento sofista, la Corte resolvió que las instalaciones o áreas separadas no implicaban una consideración inferior de las personas negras, ya que éstas tenían destinados sus propios vagones de tren, al igual que las personas de raza blanca, quienes tampoco debían utilizar los previstos para personas negras.

En esta consideración del fallo, el Alto Tribunal hizo una afirmación abominable, al sostener que el legislativo podía válidamente y desde la perspectiva constitucional incluir normas que auspiciaran la separación entre razas, en virtud de que no correspondía a la legislación modificar los prejuicios sociales, por lo que en ningún caso la protección igualitaria consagrada en la Enmienda 14^a podría ser garantizada mediante leyes que forzaran la comunidad de razas más allá de su propia voluntad de convivencia.

Finalmente, encontramos un cuarto pronunciamiento con el cual la propia Corte degrada la fuerza vinculante de la Enmienda 14^a y permite que *la legislación segregacionista secundaria defraude sus postulados*, mediante el razonamiento de que la ley no podía abolir los sentimientos de la gente respecto a la raza, por lo que si bien constitucionalmente los derechos políticos y civiles de ambas razas debían ser iguales, ello en todo caso era en el ámbito constitucional, pero no así material, por lo que si socialmente una raza consideraba inferior a la otra, ni siquiera la Constitución podría lograr su equiparación, por lo que las leyes que reconocían esa diferencia resultaban legítimas. Con este pronunciamiento, la Corte admite la coexistencia de una normatividad y una normalidad constitucional evidentemente discordantes.

Contra este ominoso ejercicio de *interpretación contra homine*, el *justice* Harlan formuló voto particular en el cual sostuvo, sin lugar a dudas, el

adecuado entendimiento que debió realizar la Corte en el caso. En él, Harlan afirmó que, para el igual ejercicio de derechos, la Constitución no autoriza a los poderes públicos tener en cuenta la raza a la que pertenecen las personas, de ahí que resultaba inaudito que el Máximo Tribunal concluyera que una ley podía regular el ejercicio de los derechos civiles con el único fundamento del color de la piel, acuñando la emblemática frase que más adelante sería inspiración para integraciones posteriores del Alto Tribunal en temas de segregación y discriminación racial: "la Constitución es ciega al color de la piel".

III. Sentencias expansivas de los derechos fundamentales

La etapa judicial reduccionista que instauró la Corte desde la segunda mitad del siglo XIX, y que atravesó la denominada era *Lochner*,⁹⁷ fue revertida por el propio Tribunal gracias a la naturaleza del modelo de control de constitucionalidad fincado en una Constitución abierta que no solamente es interpretada para resolver las controversias planteadas, sino completada en cada caso mediante *una interpretación adscriptiva que integra y define qué es la norma fundamental ampliada y cuáles son los límites del poder público frente a ella.*

⁹⁷ La era *Lochner* es considerada como una de las instancias típicas en las que la Corte politizó su función hacia intereses conservadores, lo que suscitó la ira de la opinión pública y fue objeto de una intensa crítica contramayoritaria de la que surgieron, de un lado, el realismo jurídico y, de otro, la idea teórica de restricción judicial. Esta era provocó un intenso debate que se refiere tanto a qué pasó, como a cuál es la interpretación correcta y cuáles son las enseñanzas políticas que debemos extraer de este periodo. En esencia, se discute si la Corte se limitó a imponer sus propias convicciones políticas sin ninguna —o muy poca— base jurídica o, si como afirma la corriente revisionista, el Tribunal aplicó los precedentes existentes de manera correcta y se limitó a cumplir con su función, con independencia de que las consecuencias políticas de las mismas fueran más o menos del agrado general. Para un panorama general sobre esta etapa: Thompson, James, "Swimming in the Air: Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910", en *Cumb. Law Review*, vol. 127, 1996-1997, pp. 139 y ss; Ely, James, *The Chief Justiceship of Melville W. Fuller, 1888-1910*, Columbia, University of South Carolina, 1995; Kens, Paul, *Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of Lochner v. New York*, Lawrence, University of Kansas, 1990; Gillman, Howard, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, Duke University Press, 1993; y Fiss, Owen M., *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910, The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, vol. 3, New York, McMillan Pub. Co., 1993.

La sentencia del *Caso Brown v. Board of Education* dictada en 1954 es una de las resoluciones que mejor representa la época en la cual los derechos civiles y políticos cobraron una dimensión extraordinaria —1939/1969— encabezada durante un buen tiempo por el *Chief Justice* Earl Warren. Este fallo suprime la doctrina "separados pero iguales" y elimina la opción de constitucionalidad de las leyes que disponen prácticas de segregación y discriminación racial, particularmente, en las escuelas públicas.

¿Desde el punto de vista del tipo de pronunciamientos de constitucionalidad, por qué es relevante este precedente? En primer término, porque la Corte asigna una interpretación completamente distinta a la Enmienda 14^a, de la que había adoptado durante décadas, plasmada en *Plessy v. Ferguson*, señalando de manera contundente que las instalaciones separadas en la educación pública son inconstitucionales y violan el derecho a la igualdad.

En segundo término, es relevante el fallo, toda vez que abandona el modelo *interpretativo originalista* utilizado para el tema racial de manera sostenida por la propia Corte y, en su lugar, adopta una *interpretación progresista* que zanja definitivamente el mito de las fuentes históricas a las que tradicionalmente se había acudido para sostener que los fundadores consideraron inferiores a las personas de raza negra. El Tribunal dijo que no existe evidencia conclusiva sobre la idea de superioridad de las personas blancas en los Estados Unidos y la consecuente inferioridad de las de raza negra, estableciendo que no es posible siquiera rastrear la intención de la modificación constitucional de 1868 —a la Enmienda 14^a— respecto a la segregación racial, y que en todo caso, lo que podía observarse eran contradicciones entre los miembros del Poder Reformador.

El tercer elemento de este fallo reside en que la Corte formula pautas de interpretación dinámicas para dejar de lado la aplicación del precedente *Plessy*, señalando que no es posible leer la realidad actual con el reloj

detenido en ese tiempo, por lo que para revisar las cualidades educativas de las escuelas públicas no bastaba tener en cuenta factores tangibles como los programas, edificios, salarios, etcétera, sino que resultaba necesario tomar en consideración los efectos de la segregación en la sociedad, particularmente en los sectores afroamericanos, aspectos a los que el Alto Tribunal denominó *factores intangibles* que hacen que la educación segregada sea desigual y, por ende, inconstitucional.

Un cuarto pronunciamiento de enorme importancia en este precedente es la incorporación que como parte de su motivación hizo la Corte de evidencia psicológica y sociológica reflejada en estudios a los que el Máximo Tribunal tuvo acceso, y que fue expresamente citada en su resolución, con apoyo en la cual concluyó que la segregación tenía efectos perniciosos sobre las personas, pues les generaba un sentimiento de inferioridad en su estatus en la comunidad, lo cual afectaba sus mentes y corazones, situación que desde luego no tenía cabida en el seno constitucional.

La metodología y motivación de esta resolución la sitúa como una de las *sentencias activistas pro derechos fundamentales* más importantes en la historia del quehacer de la Suprema Corte de Justicia, pronunciamiento que desde luego no estuvo exento de críticas, especialmente por la motivación basada en elementos psicológicos y sociológicos, más que en argumentos jurídicos.

Este fallo supone un pronunciamiento que atiende a la solución del problema de constitucionalidad desde la mirada de la realidad social a la que enfrenta, lo que coloca a la Corte como *una institución capaz de incidir en la cultura social norteamericana a través de sus sentencias*, o dicho en otras palabras, como una jurisdicción con el poder constitucional *de sintonizar la emoción o el humor social con la razón constitucional*, no sólo frente a la política educacional, sino prácticamente ante cualquier asunto que fuera puesto a su consideración a través del sistema judicial federal. Con esta sentencia, la Corte convirtió al control de constitucionalidad *en un instrumento para la función cultural del derecho en los Estados Unidos de América, ni más ni menos*.

El siguiente caso que abordaré se inserta en la tipología de sentencias creacionistas de derechos humanos en la jurisdicción norteamericana que, como sostuve en el apartado correspondiente de este ensayo, se equipara al de tipo manipulativa-aditiva de la jurisdicción constitucional europea, pero a nivel de integración de la propia Constitución, no de la ley.

Con el fallo del *Caso Miranda v. Arizona* que ya he citado, la Corte confirmó su potestad para *adscribir de manera directa normas implícitas a la Constitución* como parte del parámetro de control de constitucionalidad para enjuiciar los actos del poder público que pudieran impactar en las Enmiendas 4^a, 5^a y 6^a, relacionadas con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, la no autoincriminación, el debido proceso, el derecho de conocer sobre la existencia y el origen de una acusación penal, la oportunidad probatoria y la asistencia de una persona que ejerza la abogacía en su defensa.

La Corte se enfrentó al tema relativo a la validez de las pruebas obtenidas mediante confesión de una persona interrogada por la policía tras su detención como sospechosa de haber cometido un delito, sin que mediara un adecuado procedimiento que respetara el derecho de la persona detenida a no auto incriminarse, así como a otros derechos básicos de defensa.

A través de un pronunciamiento dividido —5-4— que no obstante hasta la fecha goza de una gran autoridad y estabilidad, la Suprema Corte de Justicia *ius-adscribió a la Enmienda 5^a* una serie de derechos para toda persona detenida por la policía o corporación de seguridad o inteligencia, de manera que las fiscalías no pueden utilizar como prueba la declaración que se haya obtenido de la persona denunciada en sede policial u otros elementos probatorios derivados de la misma, sino se acredita haber seguido estrictamente durante el interrogatorio un procedimiento que garantice el derecho de una persona a no declarar contra sí misma, así como a contar con una defensa legal adecuada.

¿Por qué es importante este caso desde la perspectiva de la tipología y efectos de las sentencias constitucionales? La razón de su relevancia radica en que *la Corte incorporó a la 5ª Enmienda una serie de requisitos que deben ser cumplidos por cualquier corporación policiaca, de seguridad o inteligencia*, durante el arresto de una persona y su interrogatorio, como *auténticos criterios de regularidad constitucional* que simplemente no aparecen en el texto expreso de la Constitución.

En este sentido, como si fuera el Poder de Reforma mismo, la Suprema Corte confeccionó un procedimiento constitucional de actuación para la validez de la detención de personas y su interrogatorio, así como para la legal obtención de pruebas presentadas en juicio, en los términos siguientes:

Antes de realizar cualquier pregunta, se ha de informar al detenido de que tiene derecho a guardar silencio, de que todo cuanto declare podrá ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar a un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta. El hecho de haber contestado voluntariamente a algunas preguntas no priva al detenido de negarse a seguir contestando mientras no hable con su abogado y pueda, en ese momento, continuar con el interrogatorio.

Con el fallo, la Corte creó jurisprudencialmente un conjunto de derechos fundamentales aplicables al ámbito penal, conocidos como *los derechos Miranda*, fijando un estándar de actuación policial para todo el país, pues al llevar a cabo la detención de una persona, las corporaciones deben realizar la *advertencia Miranda* —*Miranda warning*—, independientemente del delito que genere la acción de detención e interrogatorio y, en caso de no hacerlo, los efectos jurídicos son: i. que cualquier declaración

o confesión que haga la persona que ha sido detenida se considera involuntaria y no puede usarse en el proceso penal por estar viciada de origen; y ii. las pruebas descubiertas como resultado de esa declaración o confesión también pueden ser eliminadas de la causa penal.

E. Conclusiones

Estados Unidos de América tiene un sistema de justicia constitucional propio y *sui generis*, que emergió como herencia del *common law* británico, bajo tres rasgos esenciales que en teoría del control de constitucionalidad actual podríamos sintetizar de esta forma: i. supremacía constitucional; ii. control difuso; y, iii. efectos *inter partes*, y cuya base analítica es viable enunciar de la siguiente manera: i. la Constitución es la ley suprema, por lo que cualquier ley que le resulte contraria es nula de pleno derecho; ii. es deber de las Cortes negarse a aplicar tales leyes y, por el contrario, deben proceder a su inaplicación cuando adviertan su inconstitucionalidad, lo que corresponde en última instancia y como intérprete final a la Suprema Corte de Justicia; y, iii. la decisión judicial en un caso determinado es definitiva solamente respecto de las partes en litigio, pero obligatoria para el resto de tribunales cuando estén frente a un caso similar, idéntico o análogo.

La tipología de las sentencias en el sistema difuso de control de constitucionalidad de la ley en Estados Unidos de América está indisolublemente ligada a la naturaleza jurídica del modelo mismo de revisión judicial bajo un esquema institucional de apelación, cuyo objeto de control es una sentencia de un tribunal local o federal, lo que provoca que el resultado de control recaiga sobre la aceptación o el rechazo de los pronunciamientos interpretativos que sobre la ley cuestionada realiza el tribunal *a quo*, dando con ello pie a una preponderancia de sentencias interpretativas.

Conforme al principio *stare decisis* cuyos efectos, como hemos visto, se han ampliado más allá de la vinculación a los tribunales para inaplicar

una norma cuya invalidez ha sido decretada por la Corte, cualquier poder u órgano estatal se halla vinculado al pronunciamiento interpretativo del Alto Tribunal sobre la disposición objeto de evaluación vía *judicial review*, por lo que su jurisdicción se ha ido separando del típico efecto relativo o *inter partes* que observamos en una etapa temprana de sus fallos y sobre el cual está construido teóricamente el sistema de control difuso. Podemos afirmar de manera razonable que los pronunciamientos estimatorios de la Corte, fincados en la *stare decisis constitucional*, han producido una especie de eficacia *erga omnes* de las sentencias mediante la institucionalización de un *overruling legislativo y ejecutivo*.

En este sentido, la evolución del ejercicio de control de constitucionalidad que ha impuesto la Suprema Corte de Justicia ha generado una mutación endógena de un modelo puro difuso hacia otro híbrido con algunos perfiles propios de los sistemas concentrados, todo lo cual ha sido posible gracias al monopolio que aquélla ejerce sobre la interpretación constitucional, la *ius-adscrición* de normas constitucionales de génesis judicial, operaciones funcionales que concomitantemente le permiten decir qué es el derecho constitucional y cuáles son los límites del poder público frente a éste, principalmente respecto de criterios de control que no se encuentran siquiera enunciados en el texto expreso de la norma suprema y sus enmiendas.

La Corte dicta sentencias preponderantemente interpretativas y de *ius-adscrición* constitucional, mediante las cuales declara la inconstitucionalidad de las leyes con efecto retroactivo o pro futuro, según sea el caso, como el propio Tribunal Supremo lo ha establecido en su doctrina judicial, centrandó su labor en interpretar y co-crear el derecho constitucional vigente, a la vez de declarar la inconstitucionalidad de disposiciones que son contrarias a ese parámetro de regularidad construido en sede judicial, el cual vincula a toda la judicatura de los Estados Unidos de manera horizontal y vertical, así como al resto de órganos y poderes en aquellos casos en que el ejercicio de atribuciones esté estrechamente vinculado con disposiciones o supuestos respecto de los cuales existe jurisprudencia firme e interpretación constitucional final de la Corte.

A lo largo de su quehacer judicial, la Suprema Corte de Justicia ha transitado por etapas políticas, sociales y económicas que han incidido en los efectos de sus sentencias, especialmente, en la forma en la que ha interpretado la Constitución y analizado a la luz de esa labor hermenéutica la validez de las disposiciones en los distintos casos planteados. Estas etapas han evidenciado la adopción de diferentes perfiles de acción. En algunos pasajes, como fue su primera etapa, la Corte ejerció una jurisdicción constitucional estratégica a través de la cual se arrogó de manera expresa la facultad implícita que el Poder Constituyente le confirió en el artículo III, de la Constitución, lo que vino a refrendar mediante precedente posterior, ya bien entrado el siglo XX. Esto lo hizo, además, posicionando su institucionalidad como eje central del régimen democrático norteamericano.

En otros momentos, tras echar mano de pautas interpretativas gramaticales e históricas de dudosa validez desde una mirada del constitucionalismo contemporáneo, la Corte enfrentó serios conflictos políticos y sociales bajo el entendimiento de que debía tomar partido hacia determinada orientación social y política, despreciando de esta forma el valor normativo de la Constitución que fue uno de los pilares esenciales sobre los cuales se construyó los Estados Unidos de América. Esta falta de neutralidad jurídica y la consecuente disociación del concepto racional normativo de la Constitución, de la respuesta que confirió en un importante número de casos, produjo una era oscura en la jurisdicción constitucional que, en el extremo de uno de los precedentes, fue una de las causas definitivas para la precipitación de la guerra civil.

Tras la segunda mitad del siglo XX, la Corte inició una etapa de fallos volcados a expandir los derechos fundamentales mediante sentencias interpretativas y de *ius-adscriptión* a favor de las personas, minorías y grupos más desaventajados, construyendo a partir de ahí una doctrina judicial que incide directamente en la definición de la cultura y democracia norteamericanas, y establece la razón pública que la Constitución auspicia, la que básicamente busca el respeto de los derechos, libertades

y oportunidades básicas para todas las personas y grupos, así como el establecimiento de medidas que aseguren a toda la ciudadanía medios apropiados para alcanzar sus proyectos de vida. Con este nuevo enfoque, la resolución de los complejos casos que ha resuelto el Supremo Tribunal ha llevado a la construcción de una doctrina judicial satisfactoria, pero especialmente a establecer qué entendemos por Constitución y cuál es su proyección a través de la aplicación de uno de los poderes del Estado americano.

F. Bibliografía

Ackerman, Bruce, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

Ahumada Ruiz, María de los Ángeles, "Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores", en ID. *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, Catalunya, Institut d'estudis Autonòmics, 2012.

Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson Civitas, 2005.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Algero, Mary, "The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation", en *Louisiana Law Review*, 775, 2005.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Bianchi, Alberto, "¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Colmes)", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1990 E, p. 1089.

Bickel, Alexander, *The last dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

Böckenförde, Ernst W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Nomos, 1993.

Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1962.

Carr, Robert, *The Supreme Court and Judicial Review*, New York, Phillips Bradley Editor, 1942.

Clinton, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 1989.

Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven and London, Yale University Press, 1975.

Coello Nuño, Ulises, *La Constitución abierta como categoría dogmática*, Barcelona, Bosch Editor, 2005.

Corwin, Edward, *The Constitution and what it means today*, 14 ed., New Jersey, Princeton University Press, 1978.

—————, "The 'Higher law' background of American Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, 1928-1929.

- _____, "The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress", en *Michigan Law Review*, vol. IV, 1905-1906.
- Cross, Rupert y Harris, Jim W., *Precedent in English Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1991.
- Crosskey, Willian W., *Politics and the Constitution in the History of the United States*, vol. II, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.
- Currie, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, Chicago, University of Chicago Press, 1985.
- De Cabo, Carlos, "La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones", en ID. Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa/UNAM, 2002.
- De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- De Vega García, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- Diamond, Ann, "The Anti-Federalist Brutus", en *Political Science Reviewer*, núm. 6, 1976.
- Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra, 2003.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- _____, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
- Eisenberg, Melvin, *The Nature of Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

Ely, James, *The Chief Justiceship of Melville W. Fuller, 1888-1910*, Columbia, University of South Carolina, 1995.

Ely, John Hart, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

García de Enterría, Eduardo, *El Tribunal Constitucional*, vol. 1, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

Gillman, Howard, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, Duke University Press, 1993.

Gilsanz Usunaga, Javier, "El *certiorari* ante el Tribunal Supremo americano: una aproximación desde el derecho español", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016.

González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

Goodhart, Arthur, "Precedent in English and Continental Law", 50 en *Law Quarterly Review*, 40, 1934.

Guastini, Ricardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en ID. Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Farnsworth E., Allan, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Zavalia, 1990.

Fernández Segado, Francisco, "La judicial review en la pre-Marshall court", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

- Field, Oliver, "The Effect of an Unconstitutional Statute", en *California Law Review*, vol. 23, núm. 5, 1935.
- Fiss, Owen M., *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910, The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, vol. 3, New York, McMillan Pub. Co., 1993.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho de Amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- García-Pelayo, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", en ID. *Manuel García-Pelayo. Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- García Pelayo, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Garrorena Morales, Ángel, "Comentario al artículo 164 CE. Condiciones y efectos de las sentencias del TC", en Alzaga Villaamil (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Eder-sa-Cortes Generales, tomo XII, 1999.
- Grant, James, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México, UNAM, 1963.
- Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

- _____, "La función jurisprudencial y el Tribunal Constitucional, en la Ley Fundamental de Bonn", en ID. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. -Con referencia especial al Tribunal Constitucional Alemán-*, México, Porrúa, 2005.
- Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en ID. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.
- Kens, Paul, *Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of Lochner v. New York*, Lawrence, University of Kansas, 1990.
- Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Lawrence, Baum, *American Courts: Process and Policy*, 2a. ed., Boston, Houghton Mifflin Co, 1990.
- Lee, Emery, "Representation, Virtue, and Political Jealousy in the Brutus-Publius Dialogue", en *The Journal of Politics*, vol. 59, núm. 4, 1997.
- López Bofill, H., *Decisiones Interpretativas en el control de constitucionalidad de la Ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Derecho Constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, México, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, 2021.
- Maltz, Earl, "The Nature of Precedent", en *North Carolina Law Review*, vol. 66, núm. 2.
- Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Mcgowan, Carl, *The Organization of Judicial Power in United States*, Illinois, Northwestern University Press, 1969.

Mclaughlin, Andrew, *A constitutional history of the United States*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1935.

Monaghan, Henry, "Stare Decisis and Constitutional Adjudication", en *Columbia Law Review*, vol. 88:4, 1988.

Nowak, John y Rotunda, Ronald, *Constitutional Law*, 4a. ed., Minnesota, West Publishing Co., 1991.

Posner, Richard, *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Roberts G., John, *2019 Year-End Report on the Federal Judiciary*.

Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en la vía incidental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en ID. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Sagüés, María Sofía, "Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América", en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, núm. 5, 2007.

Sagüés, Néstor Pedro, "La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina", en *Estudios Cons-*

titucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 4, núm. 1, julio, 2006.

Schwartz, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.

Stokes Paulsen, Michael, "Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?", en *The Yale Law Journal*, vol. 109, núm. 7, 2000.

Stone, Geoffrey, Seidman, Louis, Sunstein, Cass y Tushnet, Mark, *Constitutional law*, 3a. ed., Boston, Little Brown and Company, 1996.

Thayer, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", en *Harvard Law Review*, vol. VII, 1893-1894.

Thompson, James, "Swimming in the Air: Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910", en *Cumb. Law Review*, vol. 127, 1996-1997.

Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, Inc, 1978.

Tribe, Laurence y Dorf, Michael, *Interpretando la Constitución*, Lima, Palestra, 2017.

Warren, Charles, "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", en *Harvard Law Review*, vol. 37, núm. 1, noviembre de 1923.

Wheeler, Russell y Harrison, Cynthia, *Creating the Federal Judicial System*, Washington, The Federal Judicial Center, 1989.

14. Las sentencias constitucionales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Carlos Arturo Villagrán Sandoval*

* Doctor en Derecho y magíster en Derecho Público e Internacional de la Universidad de Melbourne y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (*cum laude*), abogado y notario de la Universidad Rafael Landívar. Experto Afiliado de *Constitution Transformation Network* -CONTRANSNET- de la Universidad de Melbourne e Investigador Asociado a la Vicerrectoría de Investigación y Proyección Social —Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas del Instituto de Investigación Socio Humanistas— de la Universidad Rafael Landívar y docente de pregrado y posgrado en la misma universidad. Quiero agradecer a André Muñiz por su asistencia en la edición de este capítulo.

SUMARIO: A. Introducción. B. Una nota sobre el método. C. Sobre la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad. D. El estudio de la tipología de sentencias constitucionales a lo largo de la historia de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala. E. Sentencias en contexto. F. Conclusiones. G. Fuentes de consulta.

A. Introducción

Este capítulo presenta un estudio sobre la tipología de sentencias empleadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sin embargo, al realizarlo, este ensayo se aparta de los estudios académicos tradicionales guatemaltecos, los cuales se centran en el estudio abstracto conceptual de las sentencias, solamente marcándolas bajo una metodología de selección arbitraria, en la que únicamente se discute teoría trasnacional, sin dotarlos de un contenido local e informado de los valores filosóficos de la Constitución de Guatemala, ni de su objetivo de establecer un Estado democrático de Derecho y un sistema jurídico de control del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, este trabajo busca mudarse de lo meramente descriptivo a lo crítico-contextual, proveyendo de contexto al uso de los varios tipos de sentencias a lo largo de la existencia de la Corte de Constitucionalidad, procurando dar un mejor detalle del porqué se emplean y su impacto en el sistema legal local.

Para llevar a cabo este estudio de reflexión y en contexto de la tipología de las sentencias constitucionales empleadas por la Corte de Constitucionalidad, este trabajo se divide de la siguiente manera: primero, realiza una nota sobre el método ortodoxo de la academia guatemalteca en el análisis del derecho y el método actual de las cortes. En otras palabras, busca definir las limitaciones que tiene la academia guatemalteca al analizar conceptos, trasplantes, principios y doctrinas jurídicas, siendo aquella un mero centro de recepción unidireccionales, los cuales no existe una reflexión crítica del uso de conceptos y autores trasnacionales. Por ello, este apartado recalca la necesidad de una aproximación crítica y en contexto del derecho, informado bajo las visiones filosóficas y las necesidades de Estado, para dotar de contenido al uso de los varios tipos de sentencias empleados por la Corte de Constitucionalidad. Segundo, al haber planteado el método, este ensayo realiza una descripción de las funciones de la Corte de Constitucionalidad, sus procesos y los remedios —refiriéndome al vocablo en inglés *remedies* y no a los procesos de apelación judicial— que ésta pueda otorgar en el ejercicio de la defensa del orden constitucional. Sobre esto, se hace ver que la interpretación y requisitos de las sentencias por parte de la Corte de Constitucionalidad son mínimas, lo que dio apertura para la introducción de doctrinas y conceptos trasnacionales doctrinarios, de conformidad al contexto y a las necesidades de la magistratura en turno. La tercera parte de este capítulo busca determinar y contextualizar el uso de las sentencias a través de las varias etapas o periodos constitucionales: siendo estos la fundacional, la legalista, la cosmopolita y la poslegalista. En cada periodo, la Corte de Constitucionalidad mostró una conducta distintiva hacia la interpretación de la Constitución, por lo que el uso de sentencias y trasplantes de doctrinas también fue informado por esta conducta. La última parte del ensayo presenta una discusión sobre el análisis en contexto y con contenido local de la tipología de sentencias, en el sentido de que éstas, más que analizarse en un ámbito conceptual, han de ser objeto de reflexión y justificación del actual de la Corte de Constitucionalidad en su deber de defensa de la Constitución y el nuevo régimen democrático y jurídico que representa.

B. Una nota sobre el método

En Guatemala, la academia legal tiene un distintivo legalista. O sea, el estudio del derecho se realiza de manera abstracta y alejada del contexto del que se aplica. Otra característica de este distintivo es que la interpretación se ha mantenido con un estricto rigor de apego a la "letra" de la ley o la Constitución.

Lo anterior tiene dos consecuencias: el estudio del derecho se ha mantenido a nivel conceptual, en el que predomina una interpretación de la Constitución y de la ley de una manera que, aunque han existido ciertos avances conceptuales y filosóficos en la valoración de la Constitución, el Juez y las Cortes aplican la letra escrita de la ley sin alejarse de ella en sus sentencias y al dictar remedios; y, el uso de trasplantes legales de una forma reductiva, o sea, que el uso de doctrina extranjera se toma de manera expresa, sin ejercer alguna reingeniería de su impacto en el sistema legal local. En términos claros, los autores nacionales estudian doctrinas extranjeras sin rigor o método alguno de justificación académica/filosófica.¹ Por ello, el estudio del derecho constitucional se ha concentrado en la mera recopilación de conceptos y términos trasnacionales, sin efectivamente realizar ejercicios de reflexión o justificación de estos conceptos o términos,² incluso determinado el derecho comparado como un mero ejercicio de entendimiento conceptual.³ De ahí, puede surgir la manipulación de conceptos o su mero uso equivocado bajo los lentes de autores internacionales. Según los estudios comparativos de Ran Hirsch, la académica guatemalteca se ha alejado mucho de realizar o generar comparaciones y estudios de conceptos de una manera crítica e informada a través de muchas descripciones y análisis, y sólo se ha caracterizado en ver la doctrina, usualmente realizada en

¹ Siems, Mathias, *Comparative Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 26; Günter Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 53.

² Legrand, Pierre, *Are Civilian Educable?*, 18 *Legal Studies*, 1998, pp. 216 y 222.

³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2020-2014, sentencia de 7 de agosto de 2014.

otros países, y predicarla como universal y análoga al contexto jurídico guatemalteco.⁴

Por lo anterior, ambos jueces y académicos en Guatemala han mantenido el estudio de tipologías de sentencias a un mero nivel conceptual, sin aterrizar en su impacto o en su uso en casos constitucionales.⁵ En otras palabras, los jueces utilizan trasplantes conceptuales a su conveniencia, aplicándolos por igual del país del que los importan; mientras, los académicos realizan estudios a mero nivel descriptivo de los varios tipos de sentencias, sin verdaderamente adentrarse en el porqué de su uso o los motivos de éstos. En muchas ocasiones, solamente realizan de autores extranjeros, sin determinar contenidos específicos del uso de este tipo de sentencias en un contexto local.⁶ El resultado es el uso de reductos conceptuales de manera inductiva que se aplican sin una vigencia propia en el país.⁷

Por lo anterior, este estudio se enfoca concretamente en aquellos casos en los que la Corte de Constitucionalidad trasplanta explícitamente la tipología de sentencias, buscando situarla en un contexto determinado e informado por la filosofía posconflicto de la Constitución. Así evita cualquier aplicación análoga y reductiva de doctrinas trasnacionales, lo que se convierte en la categorización arbitraria de sentencias sin un método adecuado. De ahí que el estudio de las tipologías de sentencias adquiere un valor, ya sea negativo o positivo, y estimula también el análisis institucional y sociológico del derecho constitucional.

⁴ Hirschl, Ran, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, LIII, *American Journal of Comparative Law*, 125, 2005, p. 126.

⁵ van Hoecke, Mark y Mark Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, 47 *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, pp. 495, 497, 532.

⁶ Kadner Graziano, Thomas, "Is It Legitimate and Beneficial for Judges to Compare", en Andenas, Mads y Duncan Fairgrieve (eds.), *Court and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 30

⁷ Pinto Bastos Junior, Luiz, *Utilización del Derecho Constitucional Comparado en la Interpretación Constitucional: Nuevos Retos a la Teoría Constitucional*, 5, *Estudios Constitucionales*, 2007, pp. 251 y 270

I. La necesidad del estudio en contexto

Como se hizo observar en el título anterior, la academia jurídica en Guatemala se encuentra enfrascada en una ortodoxia legalista, lo que se expresa a través de empleo de conceptos y términos de manera reduccionista, y una lectura "a letra" de la Constitución.⁸ Esta hermenéutica afecta, como se hace plasmar más adelante, la forma en que se utilizan las sentencias y doctrinas trasnacionales en Guatemala.

De cierta forma, esta ortodoxia crea un vacío de interpretación alejado de los valores societales y de la filosofía de la Constitución. Aunque la Corte de Constitucionalidad muchas veces ha expresado que la Constitución de 1986 presenta un nuevo modelo de gobernanza basado en el principio *pro homine*,⁹ o que la misma tiene una filosofía finalista, o sea basado en la persona humana individual como centro y fin de la construcción estatal, el estudio de conceptos se encuentra alejada de la misma, al igual que el nuevo desarrollo del denominado "Derecho Procesal Constitucional".¹⁰

En Guatemala, el estudio del derecho constitucional se ha amparado bajo el enfoque del derecho procesal, una vertiente que es fuertemente influenciada desde México y otros lugares de Sudamérica. Por ello, su estudio se basa principalmente en la revisión judicial —o *judicial review*—, por lo que el estudio del derecho se basa en los procesos y

⁸ Para una explicación más detallada sobre esta ortodoxia, véase Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Introducción: La realidad guatemalteca, un constitucionalismo sin método ni metodología", en Carlos Arturo Villagrán Sandoval (ed.) *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Cara Parens, 2020.

⁹ Sobre el uso de este principio, véase Corte de Constitucionalidad, Expediente 890-2001, Inconstitucionalidad General, 9 de diciembre de 2002, véase en conexión con Corte de Constitucionalidad, Expediente 1205-2008, Sentencia, 17 de febrero de 2010.

¹⁰ Sobre esta aproximación, véase Chacón Corado, Mauro, "La Justicia constitucional y la función del tribunal constitucional en Guatemala", en Andrade-Abularach, Larry y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje guatemalteco a Héctor Fox-Zamudio en sus 50 años como investigador de Derecho*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.

procedimientos constitucionales como el mecanismo de establecer una justicia constitucional. Como resultado, la mecanización del estudio de procesos y conceptos y principios judiciales se convierte en la base de dicha ortodoxia.¹¹ Sin embargo, ésta deja a un lado el estudio jurisprudencial de casos y conceptos, y las reflexiones filosóficas del uso de estos, nunca cuestionándolos, sino apuntalando su aplicación no justificada con un contenido local como si fuese una mera guía para la aplicación de la ley.¹² Es por ello por lo que, al estudiar meramente principios, conceptos y procesos, informados bajo un sistema de ortodoxia legalista y de derecho procesal, se estudian principios, términos, incluso tipos de sentencias, de una manera abstracta, las cuales pueden tener implicaciones legales pero antijurídicas, nunca siendo cuestionadas por las Cortes o alejadas de una legitimidad social.¹³

Este ejercicio es replicable con el uso de doctrinas y trasplantes transnacionales. Evitar el uso de contexto en el estudio de importación de trasplantes desinforma la realización de una reingeniería de conceptos aplicables a una nueva realidad.¹⁴ Es por esta razón que los trasplantes realizados por la Corte de Constitucionalidad, en muchas ocasiones, resultan inaplicables ¿a? cambios radicales de posturas.¹⁵ Un ejemplo de

¹¹ Véase como ejemplos: Castillo Mayen, Víctor Manuel *et al*, *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones de Pereira, 2019; y Andrade-Abularach, Larry y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje guatemalteco a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador de Derecho*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.

¹² Véase como ejemplo: Guzmán, Martín, *El Amparo Fallido*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004.

¹³ Sobre esto, véase el estudio informador, aunque con una metodología abstracta reductiva: Salguero Salvador, Geovani, "Las Sentencias Atípicas de la Corte de Constitucionalidad", en *Cuaderno de Estudio 133*, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ) de la Universidad Rafael Landívar, 2017.

¹⁴ Sobre el concepto de reingeniería de trasplantes, véase Stephenson, Scott "Constitutional Reengineering: Dialogue's Migration from Canada to Australia", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013, pp. 870 y 874.

¹⁵ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Del funcionalismo al constructivismo en el análisis de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad", en *Pensamiento Jurídico*, núm. 4, diciembre de 2019, p. 33.

esta idea fue la postura de adoptar la doctrina de la proporcionalidad al momento de analizar la constitucionalidad de leyes.¹⁶

Brevemente, sobre este tema, la Corte de Constitucionalidad adoptó la doctrina de la proporcionalidad de leyes, haciendo un giro radical sobre el principio de deferencia legislativa —o *in dubio pro legislatore*—.¹⁷ Aunque la Corte de Constitucionalidad ya había reconocido este principio en las primeras magistraturas, no fue hasta el periodo cosmopolita, como se verá en la parte III de este capítulo, que el principio fue introducido en la interpretación de la Corte de Constitucionalidad.¹⁸ Sin embargo, la forma que fue introducida puso en conflicto conceptos como la *razonabilidad*, a veces equiparándola con *proporcionalidad* propiamente, o a veces como una fase de esta última, estableciendo criterios en una serie de casos, sin aterrizar propiamente en una aplicación.¹⁹ Se puede decir que ahora la nueva magistratura regresó al principio de deferencia, por lo cual, muestra que el contexto se convierte en un factor que determina los alcances de los trasplantes y de la doctrina trasnacional, y sin una justificación propia de ellos, éstos resultan sin aplicación por magistraturas posteriores.

C. Sobre la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad, como definió la Constitución, es un órgano de justicia "privativo", al que se le ha encomendado la defensa del orden constitucional.²⁰ Para ello, la Corte de Constitucionalidad tiene

¹⁶ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Ana Elena García Barrientos, "De métodos, proporcionalidad y las reformas a la Ley de ONG", en *Pensamiento Jurídico* 7, 2020, pp. 20-22.

¹⁷ Corte de Constitucionalidad, Expediente 351-2001, Inconstitucionalidad General Parcial, 29 de junio de 2001.

¹⁸ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2729-2011, Inconstitucionalidad General Parcial, 14 de agosto de 2012.

¹⁹ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Ana Elena García Barrientos, *op. cit.*, p. 7.

²⁰ Asamblea Nacional Constituyente de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 268.

inspiración kelseniana, o austriaca, de legislador negativo.²¹ No obstante, se ha de mencionar que la Corte de Constitucionalidad no fue la primera Corte de este tipo en Guatemala, sino que tuvo una predecesora creada en 1965 y ésta tenía una naturaleza francesa —similar al *Council Constitutionnel* francés—.²² Sin embargo, cabe aclarar que ésta sólo conoció de cinco casos, de los cuales únicamente uno declaró inconstitucional y su jurisprudencia no ha sido utilizada como fuente de derecho.²³

En la función de *defensa del orden constitucional*, la Corte de Constitucionalidad ha reconocido derechos de grupos históricamente excluidos y discriminados, como de los pueblos indígenas (aunque con limitaciones de índole liberal occidental), la detención de proyectos mineros, el orden de la repetición de la elección de jueces de la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones y declarar la inconstitucionalidad de un golpe de Estado en 1993. Sin embargo, y en diferentes magistraturas, la Corte de Constitucionalidad también ha interpretado la no aplicación de disposiciones constitucionales para permitir concurrir a la elección para presidente al exgolpista Efraín Ríos Montt,²⁴ declarar su propia jurisprudencia sin efectos doctrinarios e, incluso, dejar sin aplicación las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como lo establece la Constitución, la composición de la Corte de Constitucionalidad se realiza de la siguiente manera: un magistrado principal y un suplente designado por el Congreso de la República, otros sugeridos por el Presidente, por la Corte Suprema de Justicia, por el Colegio

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, [trad. por Luis Legaz Lacambra], Editorial Nacional, 1948, p. 160.

²² García Laguardia, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria, 2010, p. 20. Véase también, Sanchez Urribari, Raúl, "Between power and submissiveness: constitutional adjudication in Latin America", en Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 279.

²³ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María, "Los derechos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala", *Ius et Praxis* 9, 2003.

²⁴ Ortiz, Edgar, "Corte de Constitucionalidad: ¿árbitro de última instancia del juego político? La ruptura con el legalismo", en Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.) *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Cara Parens, 2020.

de Abogados y Notarios, y, por último, algunos representantes de las universidades del país.²⁵ Esta composición corporativista de la Corte de Constitucionalidad buscaba de alguna forma evitar la injerencia política en el seno de la Corte, además de introducir las mejores competencias, administrativas, legislativas, técnicas y de la academia en ella.²⁶

La función de la Corte de Constitucionalidad se regula en la Constitución y en la ley de rango constitucional específica de la materia Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Esta ley establece los cuatro procedimientos para solicitar remedios ante la extralimitación y abuso del poder público por parte de organismos y funcionarios de la administración pública. Éstos son: el amparo; la exhibición personal —o *habeas corpus*— y las acciones de inconstitucionalidad —general de leyes o en caso en concreto—. Asimismo, cabe aclarar que la Corte también tiene la competencia para emitir opiniones de constitucionalidad de leyes y tratados, cuando éstas fuesen solicitadas por entidades del Estado.

En breve, el amparo procede en contra de "situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado."²⁷ Cabe mencionar que incluso la Constitución menciona que: "[n]o hay ámbito que no sea susceptible de amparo".²⁸

Por su parte, sobre los procesos de inconstitucionalidad, se encuentran los siguientes. Primero, aquellos aplicables para un caso en concreto,

²⁵ Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 269.

²⁶ *Ibidem*, pp. 59-60.

²⁷ *Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad* (en adelante LAEPI), artículo 10. Sobre el uso del amparo frente a privados, véase Corte de Constitucionalidad, Expediente 855-2003, Apelación de Sentencia, 27 de octubre de 2003. Véase también en conexión: Corte de Constitucionalidad, Expediente 1025-2009, Apelación de Sentencia de Amparo, 2 de junio de 2009.

²⁸ Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 265.

que son procesos incidentales que se pueden interponer ante cualquier tribunal²⁹ y que tienen por objeto que cese la aplicación de ciertas leyes a personas individuales en casos particulares. Éstos procesos de inconstitucionalidad, por ejemplo, son aquellos a personas con derechos inherentes o sindicales con mejores condiciones, cuyos procesos terminan con un auto dentro de un proceso más extenso.³⁰ No obstante, éstos pueden ser sujeto de apelación ante la Corte de Constitucionalidad.³¹ Y segundo, aquellos procesos de inconstitucionalidad de carácter general, que buscan dejar sin efectos "leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad".³² Sin embargo, estos procesos solamente se plantean bajo la jurisdicción de la Corte de Constitucionalidad.³³ Se entiende que las declaratorias de inconstitucionalidad de carácter general tienen efectos *erga omnes* y a futuro —*ex nunc*—, luego que las sentencias sean publicadas en el Diario Oficial.³⁴

Por último, se encuentran los procesos de exhibición personal, o *habeas corpus*, los cuales son procedimientos antiformalistas,³⁵ los cuales tienen por objeto la verificación de personas quienes estuviesen siendo objeto de una detención o vejación arbitraria por parte de jueces o funcionarios judiciales.³⁶ Estos procesos no terminan con sentencia, sino con una resolución o auto de la exhibición personal.

Consiguientemente, la Corte de Constitucionalidad puede emitir, por ley, dos tipos de sentencias: aquellas en proceso de amparo, que buscan dejar sin efecto aquella amenaza, restricción o violación a derechos fundamentales, fijando un tiempo para el cese de la acción,³⁷ y aquellas de

²⁹ LAEPI, artículo 124.

³⁰ Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 266;

³¹ LAEPI, artículo 127.

³² LAEPI, artículo 133.

³³ *Ibid.*

³⁴ LAEPI, artículo 140.

³⁵ LAEPI, artículo 85.

³⁶ LAEPI, artículo 88.

³⁷ LAEPI, artículo 49.

un proceso de inconstitucionalidad general, las cuales pueden dejar sin efectos total o parcialmente las disposiciones de una ley, reglamento o norma de carácter general.³⁸

Por último, cabe mencionar que las disposiciones generales sobre sentencias, su contenido y forma de estilo, son abiertas, ya que la *Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad* no profundiza al respecto, estableciendo únicamente que la Corte deberá: "[a]l pronunciar sentencia, el tribunal de amparo examinará los hechos, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes".³⁹

Por lo anterior, las formas y extensión de las sentencias han variado en el transcurso de varias magistraturas —cabe mencionar que la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad del autogolpe de Estado de 1994, como se detallará más adelante, sólo contaba con una extensión de cinco páginas—, pero la tendencia en los últimos años ha sido de proveer de una mayor extensión argumentativa a las sentencias, con más citas textuales y doctrinas trasnacionales —como se ha visto en la introducción de sentencias de naturaleza estructural, las cuales ya sobrepasan las cien hojas—.

La ley antes citada también establece que la interpretación de la Corte de Constitucionalidad "podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación". No obstante, la Corte no ha establecido una doctrina de precedente —o *stare decisis*— para establecer los lineamientos para realizarlo de una manera legítima o constructiva.

Como se ha observado en Guatemala, aunque la jurisdicción constitucional ha tenido un claro principio filosófico-moral *pro homine*, en la

³⁸ LAEPI, artículo 140.

³⁹ LAEPI, artículo 42.

realidad, y derivado a la inequidad política hacia los ciudadanos⁴⁰ —quienes no tienen capacidad de iniciativa de ley, están regidos por un derecho administrativo complejo, sumamente fragmentado y con una ley de partidos políticos ineficiente que empuja a actuar por medio de sociedades civiles para la defensa y promoción de sus derechos⁴¹—, la judicialización ha sido una válvula de escape para hacer frente a esta inequidad política y social.

Por lo anterior, el mero estudio de las sentencias constitucionales, bajo un aspecto procesal y de ley, deja fuera las complejidades de la justicia constitucional: la función de la Corte de Constitucionalidad como un contralor constitucional y de *defensa* de la Constitución. Ante ello, la siguiente parte se mueve del plano legal a uno contextual-doctrinario, por el cual detalla cómo la Corte ha utilizado esta apertura legal de cumplir con esta función bajo la filosofía de la Constitución.

D. El estudio de la tipología de sentencias constitucionales a lo largo de la historia de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala⁴²

A diferencia de estudios previos sobre tipología de sentencias, este estudio busca situar su uso en contexto. Es al hacerlo que verdaderamente se podría entender su impacto y contenido en un aspecto democrático-institucional. Como se ha trazado en el apartado anterior, la Constitución de 1986 vino a plantear un giro a la democracia moderna, basada en una filosofía *pro homine* y, de manera específica, establecer un régimen jurídico de control efectivo sobre el ejecutivo y otros órganos de Estado.

⁴⁰ Gargarella, Roberto, "We the People' Outside of the Constitution: Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", en *Current Legal Problems* 1, 2014, p. 10.

⁴¹ Sobre las concepciones y roles de la Sociedad civil, ver: Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 40-67.

⁴² Esta sección del capítulo se basa en los resultados del estudio y metodología utilizada por el grupo de investigación, CORE LATAM Constitutional Reasoning in Latin American. Para ver más del proyecto: [The CORE Latam Project | CORE LATAM](#).

Es por lo anterior que se sitúa el uso de los varios tipos de sentencia en las distintas fases que ha tenido en existencia la Corte de Constitucionalidad. A lo largo de los años, a través de las diferentes magistraturas, la Corte de Constitucionalidad ha exhibido de manera marcada diferentes versiones de ésta. En cada versión, o periodo, la Corte ha tenido una aproximación a la interpretación de la Constitución, adoptando posturas políticas y hacia los órganos de poder diferentes, lo que también repercute en el uso de sentencias que emplea.

I. El periodo fundacional: 1987-1995

En esta primera etapa inicial, la Corte de Constitucionalidad se encontraba en los inicios de la defensa y consolidación de un régimen constitucional y de democracia en un momento posconflicto. Durante este tiempo, la Corte se encontraba construyendo la base de una nueva etapa de construcción estatal, acentuando los pilares por los cuales las siguientes magistraturas y organismos de Estado se desenvolverían.

Durante este periodo, la Corte de Constitucionalidad se centró en limitar el abuso de poder que sufrió el Estado de Guatemala en las décadas pasadas. Por ello, las sentencias de estas primeras magistraturas de la Corte se podían categorizar de la siguiente forma: primero, buscaban limitar el poder público y acertar el papel de un nuevo jugador en la vida política de Guatemala, y, segundo, establecer nuevas formas legítimas de interpretación de la Corte frente a las limitaciones de la Constitución.

Sobre el primer elemento, podemos encontrar las sentencias de la Corte de Constitucionalidad que limitó la intromisión del Ejecutivo sobre la Cruz Roja,⁴³ la denegatoria de permitir postularse, en una primera vez, al golpista Ríos Mont,⁴⁴ la capacidad del Ejecutivo de reconocer la inde-

⁴³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 93-89, Amparo en única instancia, 28 de julio de 1989.

⁴⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente 280-90, Apelación de Sentencia de Amparo, 19 de octubre de 1990. Ver en conexión con: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 30/93-Caso 10.804 Guatemala, 12 de octubre de 1993.

pendencia de Belice⁴⁵ y, como un suceso que consolidó la legitimidad de la Corte durante este periodo, declarar de inconstitucional el intento de autogolpe de Estado por parte del Presidente Jorge Serrano en 1993.⁴⁶

Sin embargo, entrando al punto de este ensayo, la Corte de Constitucionalidad al actuar en este primer periodo, y al verse potencialmente limitada por su actividad al dejar sin efecto leyes declaradas como inconstitucionales, acudió a las denominadas "sentencias interpretativas". Sobre éstas, la Corte de Constitucionalidad, desde sus inicios, determinó: "La doctrina al referirse a las llamadas sentencias interpretativas explica que las mismas se producen cuando la declaratoria de inconstitucionalidad podría provocar un vacío o una laguna legal con daño a otros derechos, valores y principios que la Constitución también está llamada a preservar".⁴⁷

También informada de esta visión de asentar un nuevo sistema constitucional basado en una nueva filosofía humanista, la Corte de Constitucionalidad reconoció las denominadas "sentencias sobrevenidas", las cuales tienen por objeto dejar sin efecto aquellas leyes existentes previo a la entrada en vigor de la nueva Constitución, pero que resultan violatorias a las garantías reconocidas en ésta.⁴⁸ Estas sentencias, juntamente con otras de la Corte de Constitucionalidad, en las cuales la Corte determinaba los procesos a seguir para la defensa de la Constitución, se estableció una primera filosofía y actitud de ella hacia otros órganos del Estado.⁴⁹

⁴⁵ Corte de Constitucionalidad, Expediente 290-91 y 292-91, Inconstitucionalidad General, 3 de noviembre de 1992.

⁴⁶ Corte de Constitucionalidad, Expediente 225-93, Inconstitucionalidad General, 25 de mayo de 1993. Ver también el análisis: Larios Hernández, Sara, "The Court as a Stronghold for Democracy: The Serrano Elias Case", en *IACL-AIDC Blog*, 23 de julio de 2020. Disponibilidad y acceso en: <https://blog-iacl-aidc.org/constitutional-landmark-judgments-in-central-and-south-america/2020/7/23/the-court-as-a-stronghold-for-democracy-the-serrano-elias-case>.

⁴⁷ Corte de Constitucionalidad, Expediente 25-88, Sentencia de 27 de mayo de 1988.

⁴⁸ Corte de Constitucionalidad, Expediente 305-95, Inconstitucionalidad General, 26 de septiembre de 1996.

⁴⁹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 12-86, Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General, 17 de septiembre de 1986.

No obstante, cabe decir que el uso de sentencias interpretativas, sin importar las variantes doctrinarias analizadas por autores guatemaltecos y transnacionales, sigue vigente, siendo un ejercicio que continúa la Corte de Constitucionalidad hoy en día.

II. El periodo legalista: 1995-2011

Durante este periodo, la Corte de Constitucionalidad tuvo un giro legalista. En otras palabras, la Corte se enfatizó completamente en dar una interpretación basada solamente en la letra de la Constitución. Un ejemplo claro de esto fue el caso donde la Corte declaró inconstitucional la adhesión del Estado de Guatemala a la Convención de la Haya sobre el Niño en 2003, derivado del hecho de que la Constitución no contiene la palabra expresa de "adherir", por lo que no se le faculta al Presidente de la República suscribirse a instrumentos internacionales multilaterales.⁵⁰ Así también, la Corte de Constitucionalidad, aunque declaró constitucional instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, fue clara en interpretar que la adhesión a estos instrumentos no significaba que pudiesen ser utilizados como estándares de constitucionalidad o revisar legislación ordinaria, anulando así su aplicación en el país. Así fue el caso originalmente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a los derechos de los pueblos indígenas.⁵¹

Cabe mencionar que durante esta etapa Guatemala transitó a través de un periodo a su vez conservador y de privatización. Esto se debió a una reacción desfavorable a los acuerdos de paz y la influencia del movimiento de derechos humanos en el país. Durante esta época, se dio también un retroceso en precedente jurisprudencial de las magistraturas previas.

⁵⁰ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 1555-02 y 1808-02, Inconstitucionalidad General Total, 13 de agosto de 2003.

⁵¹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 199-95, Opinión Consultiva, 18 de mayo de 1995. Véase también sentencias: Expediente 334-95, Inconstitucionalidad General, 26 de marzo de 1996, Expediente 131, Inconstitucionalidad General, 12 de marzo de 1997; Expediente 673-2005, Inconstitucionalidad General Parcial, 20 de junio de 2006.

Una clara fue aquella que dio giro a la prohibición constitucional de Ríos Mont de 1990,⁵² dejándolo participar en las elecciones presidenciales en 2003.⁵³ Así también, durante este tiempo, la Corte de Constitucionalidad se negó en implementar sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵⁴ y anuló la sentencia por genocidio en contra de la persona mencionada.⁵⁵

Para mantener esta tendencia de legalismo, la Corte de Constitucionalidad adoptó las sentencias de "interpretación conforme". Este tipo de interpretación busca que la legislación este conforme o se adapte a lo establecido por la Constitución. Un ejemplo claro de esto fue adaptar disposiciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el cual fue creado previamente a la Constitución actual vigente, a las condiciones que ésta establece.⁵⁶

Otro ejemplo de este tipo de interpretación fue en el caso de denuncia de la *Ley de las Comisiones de Postulación*, específicamente en lo relacionado a la elección de Fiscal General y Jefe del Ministerio Público, ya que se utiliza la fórmula de "interpretación conforme la Constitución y de conservación de la ley", lo cual se abstiene de pronunciarse sobre las prescripciones que realiza la ley al establecer las calidades de las personas que quisieran optar para el proceso de selección de Fiscal General, solamente estableciendo los presupuestos para el cumplimiento de la Constitución.⁵⁷

⁵² Una explicación breve sobre el caso, véase: Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Sara Larios, "Guatemala", editado por Richard Albert *et al*, 2018, *Global Review of Constitutional Law*, I-CONNECT-Clough Center, 2019.

⁵³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 1089-2003, Apelación de Sentencia de Amparo, 14 de julio de 2003.

⁵⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente 548-2010, Amparo en Única Instancia, 25 de agosto de 2010 y Expediente 386-2011, Amparo en Única Instancia, 13 de abril de 2011.

⁵⁵ Corte de Constitucionalidad, Expediente 4371-2011, Inconstitucionalidad General Parcial, 9 de octubre de 2012.

⁵⁶ Corte de Constitucionalidad, Expediente 1724-2004, Sentencia de 21 de junio de 2005.

⁵⁷ Corte de Constitucionalidad, Expediente 942-2010, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Se puede decir que, durante este tiempo, la Corte de Constitucionalidad mantuvo una posición de sólo describir los supuestos técnicos-procesales para accionar las distintas formas de defensa de derechos humanos, como la definitividad y agotamiento de recursos ordinarios,⁵⁸ la limitación del uso de la *actio popularis* —aunque revertida en el periodo cosmopolita—⁵⁹ y del amparo frente a sentencias ordinarias⁶⁰ y de casación,⁶¹ la prohibición de los jueces de apelar a favor de sus propias resoluciones⁶² y la prohibición de derogar la Constitución por parte de la Corte de Constitucionalidad.⁶³ Por ello, durante este lapso, la Corte de Constitucionalidad se encontró en una fase de desestimar muchas de las acciones de constitucionalidad por aspectos procesales.

Otra característica de las magistraturas en este periodo de tiempo fue la deferencia al legislativo. Como se mencionó antes, fue el reconocimiento del *indubio pro legislatore*, por el cual la Corte de Constitucionalidad, manteniendo su postura legalista, optaba por no involucrarse en la política del Congreso.⁶⁴ No obstante, la Corte reconoció las sentencias denominadas "exhortativas".

En este tipo de sentencia, se busca que otros organismos de Estado o instituciones de la administración⁶⁵ regulen un tema para que pueda

⁵⁸ Corte de Constitucionalidad, Expediente 916-97, Apelación de Sentencia de Amparo, 27 de mayo de 1998.

⁵⁹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 3729-2009, Amparo en Única Instancia, 30 de septiembre de 2010. Véase en conexión con el Expediente 461-2014, Amparo en Única Instancia, 7 de marzo de 2014.

⁶⁰ Corte de Constitucionalidad, Expediente 266-99, Apelación de Sentencia de Amparo, 20 de mayo de 1999.

⁶¹ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 1363-2003 y 1392-2003, Amparo en Única Instancia, 24 de marzo de 2004.

⁶² Corte de Constitucionalidad, Expediente 3005-2011, Apelación de Sentencia de Amparo, 7 de diciembre de 2011.

⁶³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 300-95, Inconstitucionalidad, 12 de marzo de 1996.

⁶⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente 351-2001, Inconstitucionalidad General Parcial, sentencia de 29 de junio de 2001.

⁶⁵ Véase como ejemplo la exhortación de la Corte de Constitucionalidad a la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social para que emita una nueva reglamentación sobre una materia de su competencia: Corte de Constitucionalidad, Expediente 2770-2004, sentencia de 29 de marzo de 2006.

llenarse un vacío legal, ya sea para cumplir con una función constitucional o derivado a la actividad de la Corte como un legislador negativo. Un ejemplo de esto fue cuando la Corte de Constitucionalidad dejó sin efectos disposiciones de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, exhortando al Congreso a legislar para evitar un vacío legal que ahora estaba provocando la Corte.⁶⁶

Como una situación única en la historia de la Corte de Constitucionalidad, durante este periodo se resolvió un proceso de "anulación de sentencia" en 2006. Dicho proceso conoció una solicitud para dejar sin efecto la sentencia de 2003, la cual permitía al golpista Ríos Mont participar en elecciones presidenciales.⁶⁷ Sobre este caso, aunque la Corte de Constitucionalidad determinó que no podía dejar sin efecto su sentencia de 2003, derivado del hecho que no existía un proceso en ley para hacerlo, declaró que dejó sin efectos jurisprudenciales o de doctrina legal la sentencia antes dictada, basado en el hecho de que la Corte de Constitucionalidad sí podía divergir de su propia doctrina legal.

III. El periodo cosmopolita: 2012-2021

A diferencia del periodo legalista, durante este periodo de tiempo, la Corte de Constitucionalidad entró en una fase cosmopolita, lo que significó un giro jurisprudencial y una apertura notoria a fuentes trasnacionales e internacionales, particularmente en materia de derechos humanos y a autores y doctrinas extranjeros. Esta fase se observó con el reconocimiento de dos doctrinas: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.⁶⁸ Con ello, la Corte de Constitucionalidad cesó de conflicto directo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y

⁶⁶ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2394-2004, sentencia de 28 de marzo de 2006.

⁶⁷ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2395-2006, Solicitud de Anulación, 10 de octubre de 2006.

⁶⁸ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Guatemala: The State of Liberal Democracy", editado por Richard Albert *et al*, 2017. *Global Review of Constitutional Law*, I-CONnect-Clough Center, 2018.

otras fuentes de derecho internacional, que hizo suyas por la vía jurisprudencial.⁶⁹ No obstante, cabe mencionar que esta Corte, ante temas de sensibilidad política y moral, aplicando los mismos métodos de interpretación señalados a continuación, criminalizó la libertad de maternidad subrogatoria al declararla como trata de personas, incluso obviando estándares interamericanos en la materia pero ninguna legislación penal aplicable al respecto.⁷⁰

De manera rápida, el control de convencionalidad es la doctrina por la cual la Corte de Constitucionalidad también realiza un control de la aplicación de la legislación guatemalteca a la luz de disposiciones de tratados o instrumentos en materia de derecho internacional.⁷¹ Esta doctrina originalmente desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2006, y luego trasplantada en Guatemala en 2012, establece que los jueces nacionales están obligados en sus resoluciones de velar que no se contravenga la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷²

Por su parte, el bloque de constitucionalidad fue reconocido en 2012, haciendo un giro radical de la interpretación del artículo 46 de la Constitución, el cual establece: "Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno".

⁶⁹ Más sobre este viraje constitucional, véase Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Una reflexión crítica de la reserva guatemalteca al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 ante un Nuevo Paradigma de Constitucionalismo Global", en Corte de Constitucionalidad, Instituto de Justicia Constitucional, *Opus Magna Constitucional*, Editado en Homenaje al Profesor, Ex Magistrado y Ex Fiscal General de la República, Adolfo González Rodas, t. XIII, Guatemala, C, IJC, 2017.

⁷⁰ Corte de Constitucionalidad, Expediente 3590-2016, Apelación de Sentencia de Amparo, 20 de julio de 2017.

⁷¹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2151-2011, Apelación de Sentencia de Amparo, 23 de agosto de 2011.

⁷² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No.154, y 124.

Esta nueva interpretación significó darle una nueva fuerza vinculante efectiva a los tratados y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, al otorgarle un estatus constitucional, o que forma parte de ésta, y, por consiguiente, las leyes ordinarias se han de revisar bajo este enfoque.⁷³

Al reconocer estas doctrinas, particularmente el bloque de constitucionalidad, y para efectos de este ensayo, la Corte de Constitucionalidad reconoció las sentencias de *inconstitucionalidad por omisión*. En 2012, al reconocer el bloque de constitucionalidad, la Corte también reconoció que se pudiese dar un evento de inconstitucionalidad, al no tomarse las medidas legislativas para dar efecto a convenios e instrumentos internacionales. Éste fue efectivamente el caso del reconocimiento de esta doctrina, al aceptar que el Congreso no había modificado el Código Penal de Guatemala bajo las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles o Degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁷⁴

Como se mencionó, durante este periodo la Corte de Constitucionalidad se separó de su base legalista, a una más sofisticada y activista, basada en el uso y trasplantes de doctrinas transnacionales. Esto se observa en el caso de reelección del Contralor General de Cuentas, un funcionario encargado por disposición constitucional de realizar el control de cuentas y auditoría del uso de fondos públicos por parte de la administración pública, aunque la Constitución establece una prohibición expresa al respecto.⁷⁵ Sobre este particular, la Corte menciona:

Algunos autores, entre ellos el connotado jurista Konrad Hesse, citado por Julio César Cordón Aguilar en su obra *Teoría Constitucional*, exponen que los métodos exegéticos tradicionales no

⁷³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 1822-2011, Inconstitucionalidad General Parcial por Omisión, 17 de julio de 2012.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 233.

ofrecen una orientación suficiente en la labor de interpretación que deben realizar los tribunales constitucionales. Sin embargo, los diferentes autores doctrinarios que estudian la materia no son unánimes en cuanto a determinar qué método es el indicado para interpretar las normas constitucionales. En su defecto, apuntan que, en aras de obtener una adecuada intelección de los enunciados contenidos en los Textos Supremos, lo aconsejable para el intérprete de la norma es realizar una combinación de las diferentes técnicas de interpretación a efecto de viabilizar un resultado interpretativo exitoso.

El autor Ignacio Burgoa afirma que el método de interpretación gramatical, también conocido como literal, (contenido en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial) parte del significado propio de las palabras empleadas por el legislador en la redacción de la norma. Expone que esta técnica interpretativa sólo debe utilizarse cuando la literalidad de la norma es clara, al punto que no deja lugar a dudas respecto de su alcance y contenido. Sin embargo, el mencionado autor descarta su aplicación práctica para la interpretación de normas constitucionales, en especial, si en éstas se manifiesta alguna declaración de contenido político, social, económico o cultural que exprese el espíritu del ordenamiento.⁷⁶

Luego de este análisis, la Corte de Constitucionalidad, vía interpretación expansiva de la Constitución, determinó que únicamente se puede vetar la reelección del Contralor si éste se encuentra ya en el ejercicio de su cargo, y no si ha desempeñado esa función con anterioridad.⁷⁷

La Corte de Constitucionalidad continuó expandiendo este tipo de interpretación de aumento de condicionales más allá de las descritas en la Constitución, como se puede observar en el desarrollo de principios y

⁷⁶ Corte de Constitucionalidad, Expediente 5851-2014, Amparo en Única Instancia, Sentencia de 24 de junio de 2015, p. 10

⁷⁷ *Ibid*, p. 17.

formalismos para la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Salas de Apelaciones,⁷⁸ incluso hacer repetir el proceso en siguientes ocasiones.⁷⁹ No obstante, cabe mencionar que, por esta intromisión, la Corte de Constitucionalidad ha puesto las causales para que hoy en día no se haya cumplido con el plazo de elección a magistrados a la Corte Suprema y a las Salas, derivado al proceso complicado a viva voz que interpretó que se debería de llevar a cabo para tal elección.

Otro avance, realizado por la vía del trasplante judicial, fue la inclusión de las denominadas *sentencias estructurales*. Estas sentencias se mudan más allá de las sentencias exhortativas y de omisión, al presentar hojas de ruta para que otros organismos de Estado actúen para regular un régimen legal. Éste fue el caso por el que, al regular los conflictos de proyectos hidroeléctricos, la Corte de Constitucionalidad detuvo un proyecto debido a que no contaba con la aprobación previa e informada de la población indígena del territorio.⁸⁰ Sobre éste, la Corte de Constitucionalidad observó la omisión constitucional de regular lo referente a la consulta popular a los pueblos indígenas sobre proyectos en su territorio. Por ello, impuso un plazo al Congreso de la República para emitir una ley al respecto y, así también, ciertos principios aplicables temporales para que se llevaran a cabo estas consultas, mientras que el Congreso aprobase una nueva ley. Esta sentencia obtuvo crítica fuerte, pues se consideró que la Corte de Constitucionalidad tomó un papel de legislador activo en la materia.⁸¹

IV. El periodo poslegalista

Como meramente un evento informado, en abril de 2021 se eligió una nueva composición de la Corte de Constitucionalidad. No obstante,

⁷⁸ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014, Amparo en Única Instancia, 19 de noviembre de 2014.

⁷⁹ Corte de Constitucionalidad, Expediente 1169-2020, sentencia de 6 mayo de 2020.

⁸⁰ Corte de Constitucionalidad, Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Apelación de Sentencia de Amparo, 26 de mayo de 2017.

⁸¹ Centro para la Defensa de la Constitución (Cedecón), *La Corte de Constitucionalidad, límites, funciones y la responsabilidad de los magistrados*, Guatemala, Cedecón, octubre 2019, p. 6.

aunque ésta todavía no ha resuelto en una amplia variedad de temas, se puede observar una nueva tendencia al legalismo que caracterizó el segundo periodo de la Corte.

Un primer ejemplo de esto fue en análisis de la nueva Ley de Organizaciones No Gubernamentales, en el que la Corte aclaró que el amparo no era la vía idónea para impugnar esta ley, y determinó los medios idóneos para hacerlo.⁸² Otro ejemplo de esto fue la criminalización de aquellas personas que accionaron el amparo fuera de la nación, concluyendo que para accionar el mismo se debe estar dentro del país, sin importar que actualmente existan medios electrónicos—"casillero electrónico"—, ni que se hayan implementado audiencias en línea por la pandemia del COVID-19, lo cual habilita a los abogados a presentar sus escritos en línea, sin una prohibición expresa de estar en el país.⁸³

E. Sentencias en contexto

Las sentencias son una parte esencial del ejercicio de la revisión judicial—*judicial review*— que hacen las Cortes, incluyendo la Corte de Constitucionalidad.⁸⁴ Sin embargo, al realizar una posible revisión doctrinaria o procesal de los varios tipos de sentencia que ha empleado la Corte a lo largo de sus años, deja un vacío en el análisis del impacto de la Corte en el constitucionalismo guatemalteco, su contexto, efectos positivos y/o negativos que ha tenido ésta. Al evitar este tipo de análisis, incluso se impide ver más allá de la legalidad, y se abstiene de estudiar aspectos normativos, lo que incluiría una filosofía de construcción de Estado. Esto muda el análisis, de algo prescriptivo y funcional,⁸⁵ el simplemente

⁸² Corte de Constitucionalidad, Expedientes acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020, sentencia de 11 mayo de 2021.

⁸³ Corte de Constitucionalidad, Expediente 2067-2021, Comunicado 13-2021 de 14 de mayo de 2021.

⁸⁴ Lafont, Cristina, "Philosophical Foundations of Judicial Review", en Dyzenhaus, David y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

⁸⁵ Aquí me refiero al funcionalismo como caracterizado por el utilitarismo otorgado a las acciones que deben sostener el orden establecido en las sociedades. Véase Montero Ballesteros, Alberto, "El

analizar las sentencias y los razonamientos que pudieran plasmar en su aspecto conceptual, a uno de constructivismo jurisprudencial informado de un proceso holístico estructurado de la administración pública y el uso del poder público en una democracia débil y en posconflicto.

Se ha de mencionar que, en Guatemala, la ortodoxia de estudio se enfoca en procesos y no en jurisprudencia. Es basado en los estudios jurisprudenciales que verdaderamente se pueden estudiar los beneficios del razonamiento utilizado por las Cortes, y no sólo los argumentos de prescriptividad jurídica o categorización de la argumentación de los jueces.⁸⁶ El estudio jurisprudencial busca situar el razonamiento del Juez en un contexto de legitimidad social, entendiendo si estos razonamientos proveen de justificación social o simplemente son actos que tienden a favorecer ciertas posiciones o movimientos sociales.⁸⁷ Por lo anterior, los métodos constructivos favorecen a estudiar las sentencias y sus tipos, dentro de reductos conceptuales o como una parte del *judicial review*, si no responde a posicionar a las Cortes como actores que influyen en el derecho y en las normas en un contexto normativo y en donde el régimen constitucional responde a la realidad social, fuera del funcionalismo que el derecho procesal se limita a dar.⁸⁸

Después de lo anterior, se entiende perfectamente el uso de las sentencias interpretativas por parte de las primeras magistraturas en el periodo fundacional. La Corte en curso debía de interpretar una nueva Constitución, manteniéndola en una era de inestabilidad política fuerte, incluyendo el atentado de un autogolpe de Estado. Por ello, aunque la Corte

funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva época, vol. 8, 2007, pp. 365-374.

⁸⁶ Gardner, John, *Why Study Jurisprudence?*, pp. 2-3. Disponibilidad y acceso: [Why study jurisprudence \(johngardnerathome.info\)](http://johngardnerathome.info), Accedido el 3 de mayo de 2021.

⁸⁷ Sobre ello, me baso en la teoría de Joseph Raz. Véase Raz, Joseph, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries", en Alexander, Larry (ed), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1999, p. 157.

⁸⁸ Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Del funcionalismo al constructivismo en el análisis de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad", 4, en *Pensamiento Jurídico*, 2019, pp. 34-35.

debía fijar los pilares de interpretación de un nuevo régimen constitucional guatemalteco, tampoco podía aventurarse a deslegitimarse en los primeros años de su existencia.

A partir de lo anterior, también se entiende que las magistraturas del periodo legalista ciertamente tenían una tendencia conservadora en lo social, buscando limitar su actuación frente a los otros poderes políticos del Estado, mismos que eran restringidos cuando existieran ciertas conductas que pudiesen ser reprochadas por una sociedad conservadora. Por consiguiente, se puede formular la tesis que el uso de las sentencias de interpretación conforme y exhortativas eran un reflejo de este conservadurismo, a fin de mantener ese *statu quo* social por parte de una Corte de Constitucionalidad que tenía una conducta reactiva.

Por otro lado, las magistraturas del periodo cosmopolita fueron influenciadas por el movimiento de derechos humanos en Guatemala y el impulso de las doctrinas extranjeras, en particular aquellas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello, las sentencias estructurales y la declaratoria de omisión fueron reflejo de este activismo, dando un tinte de un nuevo actor proactivo a la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, la Corte también mantuvo cierto recelo en aquellos temas morales, como el de maternidad subrogada, lo que le hacía mantener cierta afinidad a grupos más conservadores. No obstante, el activismo de esta Corte y la adopción de estas nuevas sentencias consiguieron una reacción reacia a la misma por parte de abogados conservadores y mayores, lo que provocó un desgaste social y legítimo fuerte.

La Corte de Constitucionalidad ha mostrado diferentes facetas en su historia, y el uso de las sentencias es revelador en ese aspecto. No obstante, también revela que posiciones reactivas y proactivas no han logrado una estabilidad política-jurídica en el país, tampoco de aproximaciones jurídicas estables a preguntas filosóficas-jurisprudenciales en distintas materias que puedan responder ante la realidad social y política desgarradora del país. Esto revela que la Corte de Constitucionalidad, de cierta forma,

aunque ha resguardado su función de defensa del orden constitucional del país, no ha logrado consolidar una jurisprudencia constructiva que pueda proveer cierta certeza de precedente.

F. Conclusiones ;

El estudio en contexto de las sentencias constitucionales revela mucho más allá de lo meramente procesal, muestra la influencia que puede tener la composición de la Corte de Constitucionalidad y su impacto en el tiempo, también informa del contexto político en el que se vivía. Por consiguiente, el uso de sentencias es un reflejo de una imagen legitimadora complicada de una realidad convulsionada de un régimen todavía en proceso de consolidación.

En conclusión, el estudio de las sentencias en contexto provee de un método holístico más allá del procesal que actualmente ofrece la ortodoxia actual guatemalteca. Este tipo de estudios, aunque ciertamente con un grado de descripción, no obstante, sirven para el inicio de estudios constructivos sobre el rol de las Cortes en sus países, los avances sociales-democráticos y las agendas privadas que pudiesen tener los jueces o las magistraturas.

G. Fuentes de consulta

Bibliográficas

Andrade-Abularach, Larry y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje guatemalteco a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador de Derecho*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar/Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.

Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

Castillo Mayen, Víctor Manuel *et al*, *Derecho Procesal Constitucional*, Ediciones de Pereira, 2019.

Centro para la defensa de la Constitución (Cedecón), *La Corte de Constitucionalidad, límites, funciones y la responsabilidad de los magistrados*, Guatemala, Cedecón, octubre de 2019.

Chacón Corado, Mauro, "La Justicia constitucional y la función del tribunal constitucional en Guatemala", en Andrade-Abularach, Larry y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Homenaje guatemalteco a Héctor Fox-Zamudio en sus 50 años como investigador de Derecho*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar/Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016.

Frankenberg, Günter, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar Publishing Limited, 2016.

García Laguardia, Jorge Mario, *Breve historia constitucional de Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria, 2010. Gargarella, Roberto, "We the People" Outside of the Constitution: Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *67 Current Legal Problems* 1, 2014.

Gutiérrez de Colmenares, Carmen María, "Los derechos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala", en *Ius et Praxis* 9, 2003.

Guzmán, Martín, *El Amparo Fallido*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004.

Hirschl, Ran, "The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law", LIII, *American Journal of Comparative Law*, 125, 2005.

Kadner Graziano, Thomas, "Is It Legitimate and Beneficial for Judges to Compare", en Andenas, Mads y Duncan Fairgrieve (eds.), *Court and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, 1948.

Lafont, Cristina, "Philosophical Foundations of Judicial Review", en Dyzenhaus, David y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Larios Hernández, Sara, "The Court as a Stronghold for Democracy: The Serrano Elias Case", en *IACL-AIDC Blog*, 23 de julio de 2020. Disponibilidad y acceso: «<https://blog-iacl-aidc.org/constitutional-landmark-judgments-in-central-and-south-america/2020/7/23/the-court-as-a-stronghold-for-democracy-the-serrano-elias-case>».

Legrand, Pierre, "Are Civilian Educable?", en *18 Legal Studies*, 1998.

Montero Ballesteros, Alberto, "El funcionalismo en el derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva época, vol. 8, 2007.

Ortiz, Edgar, "Corte de Constitucionalidad: ¿árbitro de última instancia del juego político? La ruptura con el legalismo", en Villagrán Sandoval, Carlos Arturo (ed.), *Constitucionalismo Guatemalteco frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces*, Cara Parens, 2020.

Pinto Bastos Junior, Luiz, "Utilización del Derecho Constitucional Comparado en la interpretación constitucional: Nuevos retos a la Teoría Constitucional", en *5 Estudios Constitucionales*, 2007.

Raz, Joseph, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries", en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1999.

Sanchez Urribari, Raúl, "Between power and submissiveness: constitutional adjudication in Latin America", en Rosalind Dixon and Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, 2017.

Siems, Mathias, "Comparative Law", Cambridge University Press, 2014.

Stephenson, Scott "Constitutional Reengineering: Dialogue's Migration from Canada to Australia", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 2013.

Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", 47 *International and Comparative Law Quarterly*, 1998.

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y García Barrientos, Ana Elena, "De métodos, proporcionalidad y las reformas a la Ley de ONG", en *Pensamiento Jurídico* 7, 2020.

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo y Larios, Sara, "Guatemala", editado por Richard Albert *et al*, 2018 en *Global Review of Constitutional Law*, I-CONnect-Clough Center, 2019.

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Del funcionalismo al constructivismo en el análisis de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad", en *Pensamiento Jurídico*, núm. 4, diciembre 2019.

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Guatemala: The State of Liberal Democracy", editado por Richard Albert *et al*, 2017 *Global Review of Constitutional Law*, I-CONnect-Clough Center, 2018.

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Introducción: La realidad guatemalteca, un constitucionalismo sin método ni metodología", en Arturo Villagrán, Carlos Sandoval (ed.) *Constitucionalismo Guatemalteco*

frente a lo Global: Estudios de una nueva generación de voces, Cara Parens, 2020.

Villagrán Sandoval, Carlos Arturo, "Una reflexión crítica de la reserva guatemalteca al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 ante un Nuevo Paradigma de Constitucionalismo Global", en Corte de Constitucionalidad/Instituto de Justicia Constitucional, *Opus Magna Constitucional*, Editado en Homenaje al Profesor, Ex Magistrado y Ex Fiscal General de la República, Adolfo González Rodas, t. XIII, Guatemala, C, IJC, 2017.

Normativas

Corte de constitucionalidad

Expediente 2729-2011, Inconstitucionalidad General Parcial, 14 de agosto de 2012.

Expediente 1089-2003, Apelación de Sentencia de Amparo, 14 de julio de 2003.

Expediente 1169-2020, sentencia de 6 de mayo de 2020.

Expediente 12-86, Inconstitucionalidad de Leyes, Reglamentos y Disposiciones de Carácter General, 17 de septiembre de 1986.

Expediente 131, Inconstitucionalidad General, sentencia de 12 de marzo 1997.

Expediente 1822-2011, Inconstitucionalidad General Parcial por Omisión, 17 de julio de 2012.

Expediente 199-95, Opinión Consultiva, 18 de mayo de 1995.

Expediente 2020-2014, sentencia de 7 de agosto de 2014.

Expediente 2067-2021, Comunicado 13-2021 de 14 de mayo de 2021.

Expediente 2151-2011, Apelación de Sentencia de Amparo, 23 de agosto de 2011.

Expediente 225-93, Inconstitucionalidad General, sentencia de 25 de mayo de 1993.

Expediente 2395-2006, Solicitud de Anulación, 10 de octubre de 2006.

Expediente 266-99, Apelación de Sentencia de Amparo, 20 de mayo de 1999.

Expediente 280-90, Apelación de Sentencia de Amparo, 19 de octubre de 1990.

Expediente 290-91 y 292-91, Inconstitucionalidad General, 3 de noviembre de 1992.

Expediente 300-95, Inconstitucionalidad, 12 de marzo de 1996.

Expediente 3005-2011, Apelación de Sentencia de Amparo, 7 de diciembre de 2011.

Expediente 305-95, Inconstitucionalidad General, 26 de septiembre de 1996.

Expediente 334-95, Inconstitucionalidad General, 26 de marzo de 1996.

Expediente 351-2001, Inconstitucionalidad General Parcial, 29 de junio de 2001.

Expediente 3590-2016, Apelación de Sentencia de Amparo, 20 de julio de 2017.

Expediente 3729-2009, Amparo en Única Instancia, 30 de septiembre de 2010.

Expediente 461-2014, Amparo en Única Instancia, 7 de marzo de 2014.

Expediente 386-2011, Amparo en Única Instancia, 13 de abril de 2011.

Expediente 4371-2011, Inconstitucionalidad General Parcial, 9 de octubre de 2012.

Expediente 548-2010, Amparo en Única Instancia, 25 de agosto de 2010.

Expediente 5851-2014, Amparo en Única Instancia, Sentencia de 24 de junio de 2015.

Expediente 673-2005, Inconstitucionalidad General Parcial, 20 de junio de 2006.

Expediente 855-2003, Apelación de Sentencia, 27 de octubre de 2003.

Expediente 1025-2009, Apelación de Sentencia de Amparo, 2 de junio de 2009.

Expediente 890-2001, Inconstitucionalidad General, 9 de diciembre de 2002.

Expediente 1205-2008, Sentencia, 17 de febrero de 2010.

Expediente 916-97, Apelación de Sentencia de Amparo, 27 de mayo de 1998.

Expediente 93-89, Amparo en única Instancia, 28 de julio de 1989.

Expedientes Acumulados 1363-2003 y 1392-2003, Amparo en Única Instancia, 24 de marzo de 2004.

Expedientes Acumulados 1555-02 y 1808-02, Inconstitucionalidad General Total, 13 de agosto de 2003.

Expedientes Acumulados 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014, Amparo en Única Instancia, 19 de noviembre de 2014.

Expedientes Acumulados 635 y 636-2013, sentencia de 28 de agosto de 2013.

Expedientes acumulados 859-2020, 860-2020, 879-2020, 895-2020, 896-2020, 904-2020, 905-2020 y 1029-2020, sentencia de 11 mayo de 2021.

Expedientes Acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017, Apelación de Sentencia de Amparo, 26 de mayo de 2017.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No.154, y 124.

Otras

Asamblea Nacional Constituyente de 1985, Constitución Política de la República de Guatemala.

Asamblea Nacional Constituyente de 1985, Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.

Electrónicas

Gardner, John, *Why Study Jurisprudence?* Disponibilidad y acceso: [Why study jurisprudence \(johngardnerathome.info\)](http://Whystudyjurisprudence(johngardnerathome.info))

Otras referencias

Salguero Salvador, Geovani, "Las Sentencias Atípicas de la Corte de Constitucionalidad", en *Cuaderno de Estudio 133*, Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales (IIJ) de la Universidad Rafael Landívar, 2017.

15. Las sentencias constitucionales de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras

Rafael Andree Salgado Mejía*

* Maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana Ciudad de México y Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH). Docente y Coordinador de Investigación de la Universidad Metropolitana de Honduras (UMH). Editor en Jefe de la Revista UMH-Sapientiae.

SUMARIO: A. Integración y elección de los(as) Magistrados(as) de la Corte Suprema de Justicia de Honduras y atribuciones de la Sala de lo Constitucional. B. Control de Constitucionalidad de las leyes por la Sala de lo Constitucional. I. Objeto de la acción de inconstitucionalidad. II. Legitimación para la interposición de la garantía de inconstitucionalidad. III. Medios procesales de control de constitucionalidad. C. Estadística de ingresos y resoluciones de acciones de inconstitucionalidad de 2010 a julio de 2021. D. Sentencias constitucionales típicas, básicas o elementales que la Sala de lo Constitucional emite al realizar el control de constitucionalidad de las leyes. E. Sentencias constitucionales atípicas que nacen de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de las leyes. I. Sentencias monitorias, de apelación o exhortación. II. Sentencias interpretativas. III. Sentencias reductoras. IV. Sentencias armonizadoras. F. Efectos de las sentencias constitucionales. G. Recapitulación. Conclusiones. H. Bibliografía.

A. Integración y elección de los(as) Magistrados(as) de la Corte Suprema de Justicia de Honduras y atribuciones de la Sala de lo Constitucional

La Corte Suprema de Justicia de Honduras "es el máximo órgano jurisdiccional"¹ cuya jurisdicción comprende todo el territorio del Estado hondureño.² Está integrada por 15 Magistrados y Magistradas,³ de los cuales 14 son distribuidos en las cuatro Salas que conforman la Corte Suprema de Justicia: la Sala de lo Penal, la Sala de lo Civil, la Sala de lo Laboral-Contencioso Administrativo y la Sala de lo Constitucional. Adicionalmente, un Magistrado ejerce la titularidad de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia y en consecuencia de ello, "ejercerá la representación del Poder Judicial y en ese carácter actuará de acuerdo con las decisiones adoptadas por la Corte en Pleno".⁴

¹ Constitución de la República de Honduras, Decreto No. 131, artículo 308.

² *Idem*.

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*, artículo 315.

Cada una de las Salas está integrada por tres Magistrados a excepción de la Sala de lo Constitucional que la integran cinco,⁵ quienes son electos por el Congreso Nacional, con el voto favorable de las (2/3) dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, de una nómina de candidatos no menor de tres por cada uno de los Magistrados y Magistradas a elegir.⁶

En el caso de Honduras, la nómina de candidatos es propuesta por una junta nominadora que está integrada por: 1) Un Representante de la Corte Suprema de Justicia electo por el voto favorable de las (2/3) dos terceras partes de los Magistrados; 2) Un Representante del Colegio de Abogados de Honduras, electo en Asamblea; 3) El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos; 4) Un Representante del Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP), electo en Asamblea; 5) Un Representante de los Claustros de Profesores de las Escuelas de Ciencias Jurídicas, cuya propuesta se efectuará a través de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH); 6) Un Representante electo por las organizaciones de la sociedad civil; y 7) Un Representante de las Confederaciones de Trabajadores.⁷

Presentada la propuesta con la totalidad de los Magistrados y Magistradas, se procederá a su elección. En caso de no lograrse la mayoría calificada para la elección de la nómina completa de los Magistrados, se efectuará votación directa y secreta para elegir individualmente los Magistrados que faltaren, tantas veces como sea necesario, hasta lograr el voto favorable de las dos terceras partes.⁸

Respecto a la elección del Presidente de la Corte, los Magistrados electos por el Congreso Nacional reunidos en Pleno seleccionarán, a más tardar veinticuatro (24) horas después de su elección y por el voto favorable de (2/3) dos terceras partes de sus miembros, al Magistrado cuyo nombre

⁵ *Ibidem*, artículo 316.

⁶ *Ibidem*, artículo 311.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

será propuesto al Congreso Nacional de la República para su elección que se efectuará de igual manera con el voto de (2/3) dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso Nacional.⁹

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 309 de la Constitución de la República, para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requiere ser hondureño por nacimiento; ciudadano en el goce y ejercicio de sus derechos; Abogado Notario debidamente colegiado; mayor de treinta y cinco (35) años; y haber sido titular de un órgano jurisdiccional durante cinco (5) años, o ejercido la profesión durante diez (10) años.

Asimismo, conforme al artículo 314 constitucional, el periodo de los Magistrados y Magistradas de la Corte Suprema de Justicia es de siete años a partir de la fecha en que presenten la promesa de Ley, con posibilidad de ser reelectos. Lo mismo aplica para el Presidente o la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia.¹⁰

Particularmente a la Sala de lo Constitucional le corresponde la jurisdicción constitucional¹¹ y por mandato constitucional tiene las siguientes atribuciones:

1. Conocer, de conformidad con esta Constitución y la Ley, de los recursos de *Habeas Corpus* o Exhibición Personal, *Habeas Data*, Amparo, Inconstitucionalidad y Revisión; y, 2. Dirimir los conflictos entre los Poderes del Estado, incluido el Consejo Nacional Electoral, así como entre las demás entidades u órganos que indique la ley.¹²

Asimismo, el artículo 9 de la Ley sobre Justicia Constitucional dispone que la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional conocerá y resolverá:

⁹ *Ibidem*, artículo 315.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Ley sobre Justicia Constitucional, Decreto 244-2003, artículo 7.

¹² Constitución de la República, Decreto No. 131, artículo 316.

- 1) De los recursos de *habeas corpus* o de exhibición personal y del de *Habeas Data*;
- 2) Del recurso de amparo previsto en el numeral 2° del Artículo 41 de esta Ley;
- 3) Del recurso de amparo por violación de los derechos fundamentales que fueran cometidos por:
 - a) El Presidente de la República o los Secretarios de Estado;
 - b) Las Cortes de Apelaciones;
 - c) El Tribunal Superior de Cuentas, la Procuraduría General de la República y el Consejo Nacional Electoral; y,
 - d) Las violaciones cometidas por los demás funcionarios con autoridad en toda la República.
- 4) Del Recurso de Revisión en Materia Penal y Civil; y,
- 5) De los conflictos de competencia a que se refiere el artículo 107 de esta Ley.

De lo anterior, se desprende que la Sala de lo Constitucional ejerce tres tipos de controles:

1. *Un control tutelar* encaminado a la preservación y restitución de los derechos humanos reconocidos en los diversos instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad hondureño por medio de las acciones de *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, revisión y el amparo previsto en el artículo 41, numeral 1, de la Ley sobre Justicia Constitucional;¹³
2. *Un control del poder público*, eso es, un control de las facultades y competencias de los órganos y entidades del Estado, ya sea, por ejemplo, por medio de la resolución de los conflictos de competencia o atribuciones que se susciten entre los Poderes del Estado

¹³ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 41, numeral 1: El Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquiera en nombre de ésta tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos o garantías que la Constitución, los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales establecen [...].

o entre cualquiera de éstos y el Consejo Nacional Electoral; de las municipalidades entre sí; de las que se produzcan entre el Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y el Tribunal Superior de Cuentas;¹⁴ y/o, a través de la acción de amparo previsto en el artículo 41, numeral 2, de la Ley sobre Justicia Constitucional;¹⁵ y,

3. *Un control normativo*, mediante el control de constitucionalidad de las leyes en sentido estricto a través de la garantía o recurso de inconstitucionalidad.

B. Control de constitucionalidad de las leyes por la Sala de lo Constitucional

La garantía de inconstitucionalidad se encuentra reconocida constitucionalmente en los artículos 184 y 185 de la Constitución de la República y desarrollada legalmente en los artículos del 74 al 94 de la Ley sobre Justicia Constitucional.

El artículo 184 de la Constitución de la República señala que "[l]as leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido. A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia". Este precepto constitucional se complementa con lo establecido en el artículo 316 de la Constitución de la República que indica que la Corte Suprema de Justicia estará organizada en Salas, y una de las cuales es la de lo Constitucional que tiene por atribución, *inter alia*, la de conocer el recurso de inconstitucionalidad.

¹⁴ Ley sobre Justicia Constitucional, Decreto 244-2003, artículos 3 y 9, numerales 5 y 107.

¹⁵ Ley sobre Justicia Constitucional, Decreto 244-2003, artículo 41, numeral 2: El Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquiera en nombre de ésta tiene derecho a interponer recurso de amparo: "[...] 2) Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualquiera de los derechos reconocidos por la Constitución [...].

Por su parte, la Ley sobre Justicia Constitucional otorga a la Sala de lo Constitucional en el artículo 74 la condición de "intérprete último y definitivo de la Constitución", en razón de lo cual le otorga "la facultad originaria y exclusiva para conocer de la garantía de inconstitucionalidad". En consecuencia, el control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la garantía de inconstitucionalidad corresponde exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional, al ser el órgano jurisdiccional competente en la materia.¹⁶

I. Objeto de la garantía de inconstitucionalidad

La garantía de inconstitucionalidad tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una ley. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de la ley procederá como un legislador negativo derogando la totalidad o parte de la ley.

La inconstitucionalidad de una ley puede ser declarada por razones de *forma* o de *contenido* (*fondo*). Por razón de *forma*, cuando no se ha observado el proceso legislativo establecido en la Constitución de la República, o cuando a una disposición se le atribuya el carácter de ley sin haber sido creada por el órgano legislativo. Por motivo de *contenido* o de *fondo*, cuando una ley es contraria a la Constitución de la República.¹⁷

¹⁶ Es importante aclarar que el modelo de control de constitucionalidad de las leyes hondureño es mixto. Lo anterior en vista de que en Honduras el modelo de control de constitucionalidad concentrado es otorgado a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual ostenta la facultad originaria y exclusiva para conocer de la garantía de inconstitucionalidad. No obstante, también se contempla un modelo de control de constitucionalidad difuso al estipular en el artículo 320 de la Constitución de la República la facultad de todos los jueces del Poder Judicial, cualquiera que sea su jerarquía, de inaplicar las leyes que sean contrarias a la Constitución de la República. La Sala de lo Constitucional distinguió ambos controles señalando que "[l]a diferencia entre el control abstracto de justicia constitucional como ser el recurso de inconstitucionalidad se debe de tener en cuenta que entre esta y el modelo difuso de constitucionalidad es que este último obliga a todos los jueces del poder judicial a desaplicar una ley que contravenga o sea incompatible con la constitución y sus efectos solo serán en el caso concreto en particular a diferencia de la inconstitucionalidad que será de aplicación general". Sala de lo Constitucional. Recurso de Amparo Contencioso Administrativo en consulta. SCO-0499-2017. Sentencia del 9 de agosto de 2018, Considerando 11.

¹⁷ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 75.

Conforme al artículo 76 de la Ley sobre Justicia Constitucional, la acción de inconstitucionalidad procede:

- 1) Contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general no sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, que infrinjan preceptos constitucionales;
- 2) Cuando se ponga en vigencia una reforma constitucional con inobservancia de los requisitos establecidos en la Constitución de la República;
- 3) Cuando al aprobarse un tratado internacional que afecte una disposición constitucional, no se siga el procedimiento establecido en el artículo 17 de la Constitución de la República; y,
- 4) Cuando la ley ordinaria contraríe lo dispuesto en un Tratado o Convención Internacional del que Honduras forma parte.¹⁸

En el supuesto del numeral 1), la acción procede contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general que infrinjan preceptos constitucionales, excluyéndose aquellas leyes y otras normas sometidas al control de la jurisdicción contencioso administrativa; jurisdicción que se encarga de conocer "de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, de carácter particular o general, de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo"¹⁹. Por lo consiguiente, los actos de los órganos de la Administración Pública, es decir, decretos, acuerdos, resoluciones o providencias, no son susceptibles de impugnación por la vía de la garantía de inconstitucionalidad.²⁰

Puede anotarse que la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado sobre la similitud y diferencia entre un acto administrativo y un acto legislativo, señalando:

Que los actos formalmente legislativos son todos aquellos emitidos por el Congreso Nacional de la República, pero materialmente

¹⁸ *Ibidem*, artículo 76.

¹⁹ Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Honduras, Decreto 189-87, artículo 1.

²⁰ Ley General de la Administración Pública, Honduras, Decreto 146-86, artículo 116.

son sólo aquellos que contienen normas generales. Desde el derecho administrativo el acto legislativo puede revestir la forma de decretos, acuerdos y resoluciones.²¹

[T]ienen en común ser actos jurídicos, y por tanto una estructura formal equiparable; diferenciándose únicamente en la imparcialidad que debe tener un acto administrativo y la jerarquía en la competencia de sus decisiones; dado que los actos legislativos son un acto político y realizado en un órgano colegiado.²²

Al lado de ello, la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado indicando que los actos administrativos, como un Acuerdo emitido por una entidad de derecho público, al no surgir de la discusión y aprobación de su contenido por el Congreso Nacional siguiendo los procedimientos previstos en la Constitución de la República para la formación de la ley, no tiene el carácter, rango o fuerza de una ley.²³ Y al no ser una ley de la República, no está bajo el control del recurso de inconstitucionalidad.²⁴

Concomitantemente a los supuestos de los numerales 2) y 3), éstos se refieren a los vicios de inconstitucionalidad en los procedimientos concernientes a la reforma constitucional y al de la aprobación de un tratado internacional que afecte una disposición constitucional. Con respecto al numeral 2), el artículo 373, de la Constitución de la República indica que la reforma constitucional podrá decretarse por el Congreso Nacional, en sesiones ordinarias, con dos tercios (2/3) de votos de la totalidad de sus miembros; debiendo ratificarse por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos, para que entre en vigencia.

En cuanto al numeral 3), el artículo 17 constitucional dispone que en el caso de que un Tratado Internacional afecte una disposición constitu-

²¹ Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0860-2017. Sentencia del 24 de enero de 2018, considerando 9.

²² *Ibidem*, considerando 11.

²³ *Ibidem*, considerando 6.

²⁴ *Ibidem*, considerando 12.

cional debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución, simultáneamente el precepto constitucional afectado debe ser modificado en el mismo sentido por el mismo procedimiento, antes de ser ratificado el Tratado por el Poder Ejecutivo.

Finalmente, en el numeral 4) se prevé la acción de inconstitucionalidad cuando una ley vulnere lo establecido en un tratado o convención internacional ratificado por el Estado de Honduras.

II. Legitimación para la interposición de la garantía de inconstitucionalidad

El artículo 185, párrafo primero, de la Constitución de la República y el artículo 77, párrafo primero, de la Ley sobre Justicia Constitucional disponen que la acción de inconstitucionalidad podrá ser promovida "por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo". Asimismo, en el artículo 79, numeral 5, de la Ley sobre Justicia Constitucional establece como uno de los requisitos de la promoción de la inconstitucionalidad la explicación clara y precisa del interés directo, personal y legítimo que motiva la acción.

La Sala de lo Constitucional ha interpretado el interés directo, personal y legítimo de la forma siguiente:

- a) Interés Directo: El actual o existente, no eventual o futuro;
- b) Interés Personal: El derivado de una situación individual;
- c) Interés Legítimo: El interés particular que se beneficia de la observancia de la ley, o sea, aquel que nace de una relación de derecho protegida individualmente por la ley al tutelar los intereses públicos.²⁵

²⁵ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0095-2018. Sentencia del 13 de febrero de 2018.

III. Medios o vías procesales de control de constitucionalidad

De acuerdo con el artículo 77 de la Ley sobre Justicia Constitucional, la acción de inconstitucionalidad podrá ser interpuesta por tres vías:

- 1) Por vía de acción que deberá entablar ante la Corte Suprema de Justicia;
- 2) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial; y,
- 3) De oficio por el órgano jurisdiccional que conozca en cualquier procedimiento judicial, pudiendo solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su derogación, antes de dictar resolución.

Conforme al artículo 79 y 83 de la Ley sobre Justicia Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad por vía de acción y/o el escrito de excepción deberá reunir los siguientes requisitos:

- 1) Suma y designación de la Sala de lo Constitucional;
- 2) El nombre y apellidos, profesión u oficio, domicilio y dirección para recibir notificaciones del solicitante o de su mandatario o representante legal;
- 3) El señalamiento de la ley o alguno(s) de sus preceptos, cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende;
- 4) Los motivos que le sirven de fundamento a la pretensión;
- 5) Explicación clara y precisa del interés directo, personal y legítimo que motiva su acción; así como la explicación del concepto que motiva su acción de inconstitucionalidad; y,
- 6) El lugar, fecha de la demanda y la firma del solicitante.

Cuando se trate de una acción de inconstitucionalidad por vía de excepción, el artículo 82 de la Ley sobre Justicia Constitucional señala que ésta podrá interponerse en cualquier estado del proceso, antes de la citación para sentencia.

En caso de ser admitida la demanda de inconstitucionalidad por razón de forma, el artículo 80 de la Ley sobre Justicia Constitucional señala que la Sala:

[L]ibrará comunicación a la Secretaria del Congreso Nacional a efecto de que dentro del plazo de cinco (05) días hábiles remita los antecedentes del proceso de formación de la ley impugnada o en su caso informe; una vez recibidos los antecedentes o el informe en su caso se dará traslado de estos por el término de seis (6) días hábiles al Ministerio Público, para que emita su dictamen.

Actualmente la Fiscalía de Defensa de la Constitución es la instancia del Ministerio Público encargada de la emisión de dichos dictámenes. Por su parte, "cuando se tratare de un recurso por razón del contenido, se le dará el trámite correspondiente, librando la comunicación a la autoridad respectiva y oyendo el dictamen del Ministerio Público".²⁶

Con respecto a la vía de oficio, los órganos jurisdiccionales podrán solicitar de oficio a la Sala de lo Constitucional para que declare la inconstitucionalidad de una ley o de alguno(s) de sus preceptos y su derogación cuando, conociendo en cualquier procedimiento judicial, consideren que dicha ley o alguno(s) de sus preceptos aplicables al caso es contrario a la Constitución de la República o a un tratado o instrumento internacional, y que de dicha ley o precepto legal depende el fallo que deben dictar.²⁷ Para ello, el órgano jurisdiccional que solicite de oficio la declaración de inconstitucionalidad deberá emitir una resolución motivada señalando:

1. La ley o precepto legal que supone violatorio de la Constitución; y,
2. Por qué la decisión del juicio depende de la aplicación de esta ley o precepto legal.²⁸

²⁶ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 80, párrafo segundo.

²⁷ *Ibidem*, artículo 87.

²⁸ *Ibidem*, artículo 88.

Finalmente, se destaca que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o alguno(s) de sus preceptos podrá solicitarse en cualquier tiempo posterior a su vigencia.²⁹

De conformidad a lo establecido en la Ley sobre Justicia Constitucional, una vez recibido el dictamen del Ministerio Público, o de vencido el plazo para hacerlo, se dictará sentencia dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes.³⁰ Independientemente de la vía en que la Sala de lo Constitucional conozca de la acción, ésta deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.³¹

C. Estadística de ingresos y resoluciones de acciones de inconstitucionalidad de 2010 a julio de 2021

De acuerdo con datos estadísticos proporcionados por la Unidad de Estadísticas del Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial (CEDIJ) de 2010 a julio de 2021 se han interpuesto 555 demandas de inconstitucionalidad por vía de acción, 78 han sido opuestas por vía de excepción y 17 han sido promovidas de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, haciendo un total de 650 acciones o recursos de inconstitucionalidad ingresadas en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Es decir que, de esos 650 ingresos, el 85% es por vía de acción, 12% por vía de excepción y el 3% de oficio (Véase tabla 1).

Respecto a las sentencias proferidas por la Sala de lo Constitucional de 2010 a julio de 2021, en 49 sentencias se ha declarado con lugar la inconstitucionalidad de la ley; en 268 sentencias sin lugar; se han dictado 92 sobreseimientos; 219 han sido declaradas inadmisibles y han sido resueltas con respecto a retardo o desistimiento en una ocasión.

²⁹ *Ibidem*, artículo 78.

³⁰ *Ibidem*, artículo 81.

³¹ Constitución de la República de Honduras, artículo 184.

Se puede notar que del total de ingresos en comparación a la cantidad de sentencias proferidas por año no coincidan, lo anterior se debe a que los Magistrados y Magistradas de la Sala de lo Constitucional resuelven los recursos de inconstitucionalidad en el año que fueron presentadas o en otros posteriores. No obstante, se puede extraer de este dato que de 2010 a julio de 2021 se han proferido 629 sentencias de las cuales 7.8% son declaradas con lugar; 42.6% son resueltas sin lugar; 34.8% son declaradas inadmisibles; 14.6% sobreseídas y 0.2% existe retardo o es desistida (Véase tabla 2).

En consecuencia de lo anterior, se concluye que la vía por la cual se interponen mayor cantidad de recursos de inconstitucionalidad es por la *vía de acción*, en otros términos, por la vía del control de constitucionalidad al margen de un caso judicial, o bien, de un caso en concreto en el que se haya opuesto por vía de excepción en cualquier estado de algún proceso judicial antes de la citación para sentencia (por vía de *excepción*) o distinta aquella en la cual el órgano jurisdiccional lo haya solicitado en vista de que la ley o precepto legal sea contrario a la Constitución de la República o un tratado internacional y la decisión del juicio depende de la aplicación de esa ley o precepto (promovida de *oficio*).

Asimismo, del 100% de las sentencias resueltas entre 2010 y julio de 2021, indistintamente del medio procesal (acción, excepción o de oficio), en 7.8% de sentencias se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley objeto de la acción y consecuentemente derogándose la misma y en 92.2% de sentencias no se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley objeto de la acción, ya sea porque se confirma la constitucionalidad de la ley o bien se desestima la inconstitucionalidad de la misma, porque existe alguna causal de inadmisibilidad, se sobresee la acción, existe retardo o se desiste de la misma.

Tabla 1

Ingresos de recursos de inconstitucionalidad entre los años 2010 y 2021

Recursos de inconstitucionalidad ingresados por año				
Año	Acción	Excepción	Oficio	Total de ingresos
2010	15	6	0	21
2011	35	8	0	43
2012	89	14	1	104
2013	42	6	0	48
2014	244	6	0	250
2015	26	9	0	35
2016	23	7	0	30
2017	15	5	0	20
2018	19	4	1	24
2019	23	7	1	31
2020	14	3	13	30
2021	10	3	1	14
Total anual	555	78	17	650

Nota: Ingresos no incluye escritos varios o solicitudes varias.³²

Tabla 2

Resoluciones de recursos de inconstitucionalidad entre los años 2010 y 2021

Sentencias emitidas en acciones de inconstitucionalidad						
Año	Con lugar	Sin lugar	Sobre-seimientos	Inadmisibles	Retardo o desistido	Subtotal
2010	3	6	0	11	0	20
2011	7	7	10	14	0	38

³² Unidad de Estadísticas, Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial (CEDIJ). Ingresos según tipo de recursos. Años: 2010 a julio de 2021. Elaborado el 2 de septiembre de 2021.

2012	21	10	0	13	0	44
2013	1	14	11	25	0	51
2014	1	10	56	86	0	153
2015	7	42	1	8	0	58
2016	2	134	5	19	0	160
2017	1	9	2	11	1	24
2018	0	7	2	11	0	20
2019	5	20	1	11	0	37
2020	0	3	0	5	0	8
2021	1	6	4	5	0	16
Total anual	49	268	92	219	1	629

Nota: En resoluciones no incluye escritos varios o solicitudes varias ni Providencias. En el caso de que las resoluciones sean mayor cantidad con relación a los ingresos se debe a que los magistrados resuelven recursos que han ingresado en el año y recursos ingresados en años anteriores.³³

D. Sentencias constitucionales típicas, básicas o elementales que la Sala de lo Constitucional emite al realizar el control de constitucionalidad de las leyes

A partir de lo general, las sentencias, "también denominadas "fallos", son las resoluciones que emanan de un juez o tribunal que pone fin a un proceso, que tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica, así como formular órdenes y prohibiciones".³⁴

Ahora bien, concomitantemente a lo anterior y en específico, haciendo alusión al proceso de la garantía de inconstitucionalidad en Honduras,

³³ Unidad de Estadísticas, Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial (CEDIJ). Resoluciones Según Tipo de Recurso y Tipo de Resolución. Años 2010 a julio de 2021. Elaborado el 2 de septiembre de 2021.

³⁴ López Olvera, Miguel Alejandro y López Ruiz, Miguel, "Sentencia (estilo de la)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (Coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*,

se puede definir como "sentencia constitucional" aquella resolución que emana del órgano que ejerce el control concentrado de constitucionalidad —Sala de lo Constitucional— y que pone fin al proceso de la inconstitucionalidad planteada por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo o a solicitud de oficio de algún órgano jurisdiccional.³⁵

Las sentencias constitucionales que tienen una base constitucional o legal y que ponen fin a un proceso derivado de una acción de inconstitucionalidad, o bien, que ponen fin a la confrontación entre la ley y la Constitución o un tratado internacional, son de las denominadas *típicas, básicas o elementales*.

Conforme a lo estipulado en los artículos 89 y 91 de la Ley sobre Justicia Constitucional se identifica que el pronunciamiento de la Sala se limita a determinar si la ley ordinaria es inconstitucional o constitucional, "siguiendo la rígida alternativa estimación/desestimación".³⁶ En otras palabras, la Sala puede emitir una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad o bien declarar la inconstitucionalidad de la ley planteada por

3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1876.

³⁵ Esta propuesta es realizada en el marco del proceso de una acción de inconstitucionalidad, ya que en términos generales, por "sentencia constitucional" habría que tomar en cuenta que la Constitución de la República y la Ley sobre Justicia Constitucional reconocen y desarrollan diversas acciones o garantías constitucionales, las cuales no todas son competencia exclusiva de la Sala de lo Constitucional —como es en el caso del *habeas corpus* y la acción de amparo— y cuyos presupuestos son variados, los cuales no se limitan a resolver la confrontación entre la ley y la Constitución. En ese sentido, para una definición general de "Sentencia Constitucional" se propone la definición del Dr. Giovanni A. Figueroa Mejía, quien indica que "serán sentencias constitucionales aquellas decisiones colegiadas emitidas por los tribunales constitucionales (como se sabe, el nombre del órgano que ejerce el control de constitucionalidad concentrado varía de un país a otro: cortes constitucionales, salas constitucionales, supremas cortes, cortes supremas, tribunales supremos, entre otros), al resolver procesos constitucionales, cuyo presupuesto sea interpretar valores y principios fundamentales, integrar creativamente el derecho y decidir cuestiones de trascendencia jurídica y política." Véase Figueroa Mejía, Giovanni A., "Sentencia Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1885.

³⁶ *Idem*.

el sujeto con legitimación o a solicitud de oficio de algún órgano jurisdiccional, como también, puede desestimar "toda acción, excepción o cuestión de inconstitucionalidad" declarando sin lugar la inconstitucionalidad si la Sala no encuentra en la ley sometida a control algún vicio de inconstitucionalidad y por consiguiente la declaran constitucional. De esta manera, las sentencias *típicas*, *básicas* o *elementales* se clasifican en:

- 1) Estimatorias, procedentes o declaratorias de inconstitucionalidad de la ley; y,
- 2) Desestimatorias, improcedentes, o que rechazan la inconstitucionalidad de la ley al declararla constitucional.

Con respecto a las sentencias estimatorias procedentes o declaratorias de inconstitucionalidad de la ley, el artículo 89 de la Ley sobre Justicia Constitucional señala que:

La sentencia podrá declarar la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. Procede la declaración parcial de inconstitucionalidad cuando la parte de la ley en que se da la violación pueda ser separada de la totalidad. De lo contrario deberá declararse la inconstitucionalidad de la totalidad de la ley.

De lo anterior se desprende que las sentencias estimatorias pueden declarar la inconstitucionalidad *total* o *parcial* de la ley. De manera *parcial*³⁷ "cuando la parte de la ley en que se da la violación pueda ser separada de la totalidad". Por otro lado, en forma *total* en dos casos: cuando se haya promovido contra toda una ley y ésta sea declarada inconstitucional; o, cuando se haya promovido la inconstitucionalidad parcial de una ley, pero resulte imposible separar de la totalidad de la ley la parte

³⁷ Cfr. Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0709-2014. Sentencia de 9 de diciembre de 2014; Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0211-2014. Sentencia de 10 de marzo de 2015; y, Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0271-2007. Sentencia de 14 de diciembre de 2007.

de la misma que contiene la violación, de tal forma que se declarará la inconstitucionalidad de totalidad de la ley.

En cuanto a las sentencias desestimatorias, improcedentes, o que rechazan la inconstitucionalidad de la ley al declararla constitucional, como se mencionó, si la Sala de lo Constitucional después de la realización del análisis sobre la constitucionalidad de la ley que haya sido impugnada, estima que no hay motivos para declararla inconstitucional, desestimaré la inconstitucionalidad de la ley.³⁸

De igual manera, la Sala de lo Constitucional podrá desestimar toda acción, excepción o cuestión de inconstitucionalidad cuando los motivos alegados sean los mismos, aunque se trate de personas distintas, en que se hubiese sustentado un proceso anterior en el que la respectiva sentencia haya declarado sin lugar la inconstitucionalidad.³⁹

Un precedente de ello se dio en la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad con registro SCO-295-13 de fecha 3 de junio de 2014. En la misma conoció por segunda ocasión la inconstitucionalidad planteada en contra de la Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, contenida en Decreto Legislativo No. 27-2010, que en sentencia de fecha de 1 de noviembre de 2013 y con registro SCO-706-11 resolvió desestimando la inconstitucionalidad planteada en ese momento. En la misma señaló que la regla *stare decisis* regulada en el artículo 91 de la Ley sobre Justicia Constitucional implica en sentido formal o estrictamente conceptual:

³⁸ Cfr. Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0824-2015. Sentencia de 13 de septiembre de 2016; Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0061-2017. Sentencia de 27 de marzo de 2019. Disponible en: Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2019. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ], pp. 103-107 y; Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad SCO-0030-2014. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Disponible en: Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2014. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ], pp. 42-50.

³⁹ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 91.

[...] la obligación de la Sala como órgano de la Justicia Constitucional, de estarse a lo resuelto o determinado por la jurisprudencia que emana del propio Tribunal Supremo, omitiendo en consecuencia cualquier pronunciamiento que pudiese contradecir o poner en duda la certeza de la cosa juzgada emanada de sus fallos.⁴⁰

De manera que "torna en innecesario y reiterativo un nuevo pronunciamiento sobre la constitucionalidad del decreto impugnado, sobre las bases de los mismos motivos esgrimidos con anterioridad".⁴¹

E. Sentencias constitucionales atípicas que nacen de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de las leyes

Previamente a identificar y desarrollar algunas de las sentencias constitucionales atípicas que surgen de la jurisprudencia, se es necesario precisar conceptualmente qué entender por "sentencia atípica". A partir del adjetivo "atípico/a", el *Diccionario de la Real Academia Española* lo define: "Que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos".⁴² Al agregar el adjetivo "atípica" a sentencias constitucionales, se hace alusión a aquellas que se apartan de los tipos conocidos, de la rígida alternativa *estimación/desestimación*. Estas sentencias originan que los órganos jurisdiccionales de control constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley "recurran a diversos tipos de pronunciamientos atípicos que introducen efectos y alcances especiales en la parte resolutive o en la motivación de la sentencia".⁴³

⁴⁰ Sala de lo Constitucional de Honduras, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-295-2013. Sentencia de 3 de junio de 2014. Considerando 19.

⁴¹ *Ibidem*, considerando 20.

⁴² Real Academia Española: "atípico, ca", 2020, en «<https://dle.rae.es/at%C3%ADpico>».

⁴³ Figueroa Mejía, Giovanni A., "Sentencia Constitucional Atípica", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1888.

De ese mismo modo lo entiende Iván Escobar Fornos, al señalar que son todas aquellas sentencias que no están previstas en la ley y se apartan del modelo de la solución de las denominadas clásicas, indistintamente que algunas de éstas ya hayan sido consagradas por la ley de algunos países. Además, agrega que también son denominadas sentencias manipulativas "porque al interpretar la ley o disposición le dan un sentido que no refleja".⁴⁴

Como explica Humberto Nogueira Alcalá, la justificación doctrinal de las sentencias atípicas tiene por base el *principio de conservación de las normas legislativas*,⁴⁵ la cual posibilita "salvar la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho, aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista".⁴⁶ De igual manera, indica que las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales son:

[C]reaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución, especialmente cuando se vulneran derechos fundamentales o para evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad a través de las simples sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.⁴⁷

Por su parte, Giovanni A. Figueroa Mejía las define como:

[...] aquellas sentencias que, a *contrario sensu*, son diferentes a las consideradas tradicionales o clásicas, es decir, los pronunciamientos que son diferentes al supuesto elemental de sentencias cons-

⁴⁴ Escobar Fornos, Iván, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008, pp. 94.

⁴⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010, pp. 88.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 89

⁴⁷ *Idem.*

titucionales ideado por Hans Kelsen en su estudio *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* publicado en 1928: las sentencias estimatorias y desestimatorias puras y simples. Pero haciendo una concretización más acuciosa del término, diremos que esta denominación sirve para reflejar también que nos encontramos ante una serie de sentencias que, por lo regular, no tienen una base legal explícita.⁴⁸

Adicionalmente a lo anterior, agrega Giovanni A. Figueroa Mejía que la utilización de estas sentencias no debe ser vista como "algo raro o escaso por parte de los tribunales constitucionales", ya que en la práctica se "ha hecho un uso constante y continuado de tales decisiones, hasta un punto en el que los pronunciamientos atípicos se han convertido en típicos".⁴⁹ Lo que ejemplifica con la Corte Constitucional Italiana "que en algunos años de la década de los ochenta pronunció más sentencias de tipo manipulativo que de estimación o desestimación pura y simple".⁵⁰

Ya se ha dejado en claro que las sentencias atípicas se apartan del modelo de solución tradicional estimatorias/desestimatorias. Asimismo, que no tienen una base legal o constitucional, lo que implica que son creaciones de la jurisprudencia de las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales; y que éstas no deben ser vistas como pronunciamientos escasos o poco comunes. Cabe complementar a lo antes expuesto que las mismas no son emitidas de forma intencional, no existe un listado o catálogo de sentencias atípicas que es consultado previamente al desarrollo de las mismas para decidir qué tipo de sentencia se va a elegir para resolver algún asunto. De igual manera, este tipo de sentencias tiene como característica común que a través de ellas los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales incorporan algo nuevo a la comprensión que se tenía del artículo o de los artículos hasta antes que se emita la sentencia.⁵¹

⁴⁸ Figueroa Mejía, Giovanni A., *Sentencia Constitucional Atípica*, op. cit., p. 1889.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Figueroa Mejía, Giovanni A., "Tribunales y Sentencias Constitucionales", ideas expresadas en el *Curso de Alta formación en Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad* del Centro de Estudios de Derecho Comparado y Procesal Constitucional, en la clase de fecha 5 de agosto de 2021.

Es de tomar a consideración que el artículo 119 de la Ley sobre Justicia Constitucional señala que, en los casos no previstos en esa ley, el procedimiento para conocer de los asuntos que se sometan a la decisión de la Sala de lo Constitucional lo establecerá la propia Sala en las resoluciones que adopte de conformidad con la naturaleza del asunto.

A continuación, se desarrollarán algunas de las sentencias atípicas haciendo relación con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional en el marco del control concentrado de constitucionalidad.

I. Sentencias monitorias, de apelación o exhortación

Estas sentencias establecen en sus considerandos, y en algunos casos en la parte dispositiva de la sentencia, declaraciones o manifestaciones dirigidas al legislador —y en algunas ocasiones a otros poderes del Estado o cualquier otra institución del Estado— para que realice "algo" ya sea "para que ajuste la ley a la Constitución o evite una sobrevenida de inconstitucionalidad".⁵² Como explica Giovanni A. Figueroa Mejía:

[A] veces se envían al legislador mensajes que originalmente parecían cumplir una función de simple recomendación finalizando con la modificación del ordenamiento jurídico; en otras ocasiones se hacen meras invitaciones genéricamente dirigidas al legislador, para incitarlo a comportarse de un cierto modo en el futuro, o incluso, se pronuncian decisiones en las que el tribunal dicta los principios normativos con los que el legislador deberá actuar, dándole a este una especie de mandato.⁵³

⁵² Escobar Fornos, Iván, *Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua*, op. cit., p. 107.

⁵³ Figueroa Mejía, Giovanni A., "Sentencia Monitoria", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 1909.

Las sentencias monitorias a su vez se dividen en: a) sentencias monitorias estimatorias, que son aquellas sentencias en las que "el órgano de la jurisdicción constitucional encomienda al legislador el dictado de una nueva norma en reemplazo de la actual, reputada inconstitucional o de dudosa constitucionalidad",⁵⁴ y b) sentencias monitorias desestimatorias, "que son aquellas en las que se exhorta al legislador a realizar ciertas modificaciones en la legislación para que deje de tener una constitucionalidad precaria",⁵⁵ o bien, se apela o exhorta a los poderes del Estado o cualquier otra institución del Estado para que actúen de cierta manera o ajusten sus actos a lo desarrollado en la sentencia desestimatoria.

Ejemplo de las sentencias monitorias, de apelación o de exhortación se dio en la sentencia del 14 de marzo de 2016 en el expediente SCO-696-12 que resolvió, entre otras cosas, declarar la inconstitucionalidad de la totalidad del Decreto Legislativo Número 219-11, contenido de la Ley del Consejo de la Judicatura y la Carrera Judicial. En vista de que dicha ley le atribuía al Congreso Nacional facultades para intervenir en la integración del gobierno de otro poder del Estado, "en este caso, del Poder Judicial, violando con ello la independencia de los poderes del Estado",⁵⁶ en esa sentencia, la Sala de lo Constitucional exhortó al Poder Legislativo a la no interferencia en el nombramiento del Consejo de la Judicatura; que el proyecto de Ley del Consejo de la Judicatura fuese elaborado por el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia "para que el Consejo de la Judicatura funcione adecuadamente como órgano interno del Poder Judicial"⁵⁷ y que la ley que sea aprobada por el Legislativo, "debe serlo en estricto apego a la Constitución y en armonía con las demás leyes".⁵⁸

⁵⁴ Sagüés, Néstor Pedro, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008, p. 340.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-696-12. Sentencia de 14 de marzo de 2016, considerando PRIMERO.

⁵⁷ *Ibidem*, considerando OCTAVO.

⁵⁸ La Constitución de la República de Honduras, en su artículo 307, pone de relieve la necesidad de la existencia de una ley que, respetando la independencia de los Jueces y Magistrados, dispondrá

II. Sentencias interpretativas

Las sentencias interpretativas son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de la ley ordinaria impugnada "si es interpretada" en el sentido señalado por el órgano de control de constitucionalidad (Corte, Tribunal o Sala) o aquellas que declaran la constitucionalidad de la ley "siempre que sea interpretada" en el sentido indicado por el órgano de control de constitucionalidad o no se utilice "la interpretación anulada" o la "interpretación errónea" indicada por éste.

Este tipo de sentencias afectan la interpretación de la norma impugnada sin afectar el texto de la misma.⁵⁹ Así lo ha señalado la Sala de lo Constitucional hondureña al indicar que este tipo de sentencias permiten mantener la norma impugnada dentro del ordenamiento jurídico al señalar la "interpretación errónea" o la "interpretación adecuada" para que la misma se ajuste a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, tal como lo señaló la Sala de lo Constitucional en la sentencia del expediente SCO-0189-2018:

de todas las herramientas necesarias a fin de asegurar el correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia. De lo anteriormente expuesto, se desprende que el control constitucional concreto que declara la inconstitucionalidad de la Ley del Consejo de la Judicatura y la Carrera Judicial no implica sin más la supresión de la legalidad hasta ahora vigente, sino el aseguramiento del imperio de la ley y la vigencia correlativa del Principio de Reserva Legal, omiso en la legislación derogada en sede de justicia constitucional; por lo cual, la presente sentencia EXHORTA a lo siguiente: 1) Que para mantener incólume la independencia del Poder Judicial, de los magistrados y jueces, la autonomía administrativa y financiera, y la estructura orgánica del Poder Judicial, conforme a los artículos 1, 4, 303, 307 y 318 de la Constitución de la República, por ser el Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial un órgano interno del Poder Judicial, debe ser nombrado por la Corte Suprema de Justicia, sin interferencia de otros poderes del Estado; 2) Que sea el Poder Judicial, como conocedor de sus propias necesidades, quien a través de la Corte Suprema de Justicia, elabore un proyecto de Ley del Consejo de la Judicatura, en donde se respete la independencia del Poder Judicial, de los Magistrados y Jueces; que consagre todas las garantías de índole administrativa y procesal, y las disposiciones necesarias para que el Consejo de la Judicatura funcione adecuadamente como órgano interno del Poder Judicial. En síntesis, la Ley que sea aprobada por el Legislativo, debe serlo en estricto apego a la Constitución y en armonía con las demás leyes; situación que no se llevó a cabo en la ley bajo examen constitucional. Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-696-12. Sentencia de 14 de marzo de 2016, Considerando OCTAVO.

⁵⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier, "Sentencia Interpretativa", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1900.

[D]esde la doctrina se han ido analizando los distintos tipos de efectos y construcciones jurisprudenciales con la que los jueces constitucionales dan respuesta a los problemas que les son planteados legítimamente; siendo que en algunos casos el texto normativo o un acto impugnado de inconstitucionalidad no es contrario directamente al bloque de constitucionalidad, su interpretación y/o aplicación indebida puede constituir un acto contrario a la Constitución. En estos casos las y los jueces no expulsan la normativa impugnada del ordenamiento, sino que señalan la interpretación errónea o la aplicación indebida que las autoridades administrativas o judiciales hacen del texto en cuestión, manteniéndose así la norma producto de la interpretación errónea, con vigencia, la cual sigue surtiendo sus efectos normales, pero no puede ser aplicada con la interpretación anulada en sede constitucional, será aplicada siguiendo los parámetros desarrollados por el órgano constitucional que tiene la interpretación constitucional.⁶⁰

Que las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con la facultad originaria y exclusiva de conocer de la garantía de inconstitucionalidad, en la que da una interpretación constitucional acorde a una ley impugnada de ser contraria a la máxima norma de nuestro Estado, la misma podrá señalar la interpretación adecuada que se le debe de dar a la norma impugnada, la cual debe de ser observada de forma general por los poderes públicos.⁶¹

En el caso de la acción de inconstitucionalidad impetrada contra el Decreto Legislativo 23-2016 que aprobó el Convenio entre la República de Honduras y la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) para el establecimiento de la Misión de Apoyo Contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH), la Sala de lo Constitucional señaló que:

⁶⁰ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0189-2018. Sentencia de 29 de mayo de 2018, Considerando 19.

⁶¹ *Ibidem*, considerando 34.

[E]l Decreto Legislativo N° 23-2016 no contraviene derechos Constitucionales, por lo que no es procedente su expulsión del ordenamiento jurídico aplicable, sino interpretarlo y ejecutarlo con base al ordenamiento constitucional y a los estándares internacionales de derechos humanos, desarrollados en esta sentencia, siendo que ninguna institución del Estado Hondureño debe desprenderse de sus facultades constitucionales, ni lesionar el debido proceso, imparcialidad y objetividad en sus funciones.⁶²

En consecuencia de lo anterior, la Sala de lo Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma impugnada señalando la interpretación adecuada de la misma.

Es importante mencionar que, de acuerdo con el artículo 205, numerales 1) y 10), de la Constitución, el Congreso Nacional tiene las atribuciones de interpretar la ley e incluso la Constitución de la República a excepción de los artículos 373⁶³ y 374⁶⁴ relativos a la reforma de la Constitución y de la prohibición de reforma de los artículos de carácter pético. Asimismo, el artículo 218 señala que, en la formación, sanción y promulgación de la Ley, no será necesaria la sanción ni el veto por parte del Ejecutivo en las interpretaciones que se decreten a la Constitución de la República por el Congreso Nacional.

En atención a ello, a primera vista se podría plantear una posible invasión de competencias al utilizar este tipo de sentencia atípica para indicar "la interpretación adecuada" o la "interpretación errónea", contraviniendo

⁶² *Ibidem*, considerando 36.

⁶³ Constitución de la República de Honduras, artículo 373. La reforma de esta Constitución podrá decretarse por el Congreso Nacional, en sesiones ordinarias, con (2/3) dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros. El decreto señalará al efecto el artículo o los artículos que hayan de reformarse, debiendo ratificarse por la subsiguiente legislatura ordinaria, por igual número de votos, para que entre en vigencia.

⁶⁴ Constitución de la República de Honduras, artículo 374. No podrán reformarse, en ningún caso, el artículo anterior, el presente artículo, los artículos constitucionales que se refieren a la forma de gobierno, al territorio nacional, al periodo presidencial, a la prohibición para ser nuevamente Presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no pueden ser Presidentes de la República por el periodo subsiguiente.

a la realizada por el Congreso Nacional en el marco de sus atribuciones constitucionales. No obstante, el juez constitucional que conoce de la inconstitucionalidad de una ley, como lo ha indicado la propia Sala de lo Constitucional, debe partir del examen de la constitucionalidad con base en el principio de *presunción de constitucionalidad de la Ley* en relación con el principio *in dubio pro legislatore* (en caso de duda se debe favorecer al legislador) al señalar conducentemente que:

Que la teoría del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, ha desarrollado el **principio de presunción de constitucionalidad** de la Ley con relación al principio *in dubio pro legislatore*, que opera de modo que quien aduce la incompatibilidad de la ley denunciada debe de exponer las razones fácticas y jurídicas con las que supone que la misma es inconstitucional; mientras que el juez o jueza constitucional debe de iniciar el examen de constitucionalidad con base a un supuesto de que el legislador ha actuado en seguimiento de todos los principios, preceptos y valores constitucionales, realizando una interpretación conforme y adecuación de la normatividad de modo que sea compatible con la Constitución, solo en el caso que sea imposible la compatibilización de la ley en juicio es que la misma deberá de ser expulsada del ordenamiento.⁶⁵

Por lo que el *principio de presunción de constitucionalidad de las leyes* en relación con el principio *in dubio pro legislatore* implica que: 1) Quien aduzca la incompatibilidad de la ley denunciada deberá argumentarla; 2) El juez o la jueza constitucional debe iniciar el examen de constitucionalidad con base en un supuesto de que el legislador ha actuado realizando una interpretación conforme y adecuación de la normatividad, de modo que sea compatible con la Constitución; y, 3) Solamente de no existir posibilidad de la "compatibilización", o bien, de la "interpretación conforme", la

⁶⁵ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0189-18. Sentencia de 29 de mayo de 2018, considerando 2.

ley será expulsada del ordenamiento jurídico. No obstante, de existir por lo menos alguna interpretación que sea conforme a la Constitución, se debe indicar que la misma es la adecuada y en consecuencia no debiese ser declarada la inconstitucionalidad en ella.

Igualmente, como lo ha explicado la propia Sala de lo Constitucional:

[E]l artículo 74 de la Ley Sobre Justicia Constitucional otorga a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, el carácter de intérprete último y definitivo de la Constitución, en los casos concretos sometidos a su conocimiento, con facultad originaria y exclusiva para conocer de la garantía de Inconstitucionalidad y del control previo de constitucionalidad previsto en el artículo 216 de la Constitución de la República. Lo anterior, señala la función de la Sala de lo Constitucional, que no es sino, la concreción de la Constitución mediante su interpretación; sin limitarse a una intervención restrictiva y reguladora, sino más bien a vincular los derechos fundamentales al proceso permanente de la transformación social.⁶⁶

Adicionalmente, la Sala de lo Constitucional ha proferido en reiteradas ocasiones que la Constitución "debe ser interpretada como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la disposición que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema".⁶⁷ Finalmente, se destaca lo pronunciado por la Sala de lo Constitucional y sobre lo que se hizo alusión en líneas anteriores, respecto a que los poderes públicos tienen el deber de obser-

⁶⁶ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-769-2011. Sentencia de 17 de octubre de 2012, considerando 1.

⁶⁷ *Cfr.*, Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-769-2011. Sentencia de 17 de octubre de 2012, Considerando 19; Sala de lo Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-649-2008. Sentencia de 8 de febrero de 2011, considerando 13.

var de manera general la "interpretación adecuada que se le debe dar a la norma impugnada" que haya señalado la Sala de lo Constitucional.⁶⁸

III. Sentencias reductoras

Este tipo de sentencias reducen el contenido de la norma por ser inconstitucional, derogándose alguno o algunos de los supuestos del artículo y de ese modo se mantiene la constitucionalidad del resto del contenido de la misma.

Francisco Javier Díaz Revorio explica que las sentencias reductoras son aquellas que, "como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial, conllevan una reducción de la 'extensión' del contenido normativo de un precepto".⁶⁹ También agrega que dicha reducción "se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados de forma genérica, o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto".⁷⁰ De igual manera, Iván Escobar Fornos agrega que:

Es una sentencia estimatoria parcial, por lo que no se llega a afectar el texto de la disposición. La norma declarada inconstitucional debe ser autónoma del resto normativo de la disposición, porque si es indivisible con el resto de dicha normatividad, traería la inconstitucionalidad de toda la disposición. En la doctrina y en las sentencias reductoras existen expresiones para declarar la reducción: por lo que se declara la inconstitucionalidad de dicha norma en la «parte en que prevé...» o «en cuanto incluye...»

⁶⁸ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0189-2018. Sentencia de 29 de mayo de 2018, considerando 34.

⁶⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier, "Sentencia reductora", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1911.

⁷⁰ *Idem.*

o «en la parte en que no excluye...» o cualquier otra fórmula similar. Estas expresiones también son usadas en las sentencias.⁷¹

Verbigracia, en la sentencia de fecha 1 de noviembre de 2011 en la acción de inconstitucionalidad con registro SCO-147-08, la Sala de lo Constitucional redujo el contenido normativo del artículo 67 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras al derogar solamente el primer presupuesto del tercer párrafo, tras ser declarado parcialmente inconstitucional, señalando conducentemente que:

[L]a parte del artículo 67 de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras que dice: "Durante su mandato la Comisión de Transición procederá a contratar a una institución de acreditada experiencia en la materia, para que realice la evaluación del personal; procediéndose, de acuerdo con lo establecido en la Ley, a la cancelación de los empleados y funcionarios que no aprueben dicha evaluación, previo el pago de sus prestaciones e indemnizaciones laborales", es inconstitucional por contraponerse a lo establecido a los artículos 82, 90, 129 y 160 constitucional al constituir un impedimento para asegurar la garantía a la estabilidad laboral, y vulnerar los procedimientos establecidos para el despido laboral. En consecuencia, procede declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 67 y por ende la inaplicabilidad del párrafo del precepto impugnado.⁷²

IV. Sentencias armonizadoras

Las sentencias armonizadoras son aquellas mediante las cuales el órgano jurisdiccional realiza una interpretación armónica y sistemática de las distintas fuentes de rango constitucional que conforman el bloque de constitucionalidad con el objetivo de crear estándares únicos que auspi-

⁷¹ Escobar Fornos, Iván, *Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua*, op. cit., p. 108.

⁷² Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0147-08. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, considerando 17.

cien la armonía constitucional. Arturo Guerrero Zazueta indica que, las sentencias armonizadoras son aquellas resoluciones:

[E]n las cuales los órganos jurisdiccionales interpretan de manera integrada las distintas fuentes de rango constitucional que reconocen derechos humanos para la construcción de *estándares únicos* en la materia, con la finalidad de que estos se conviertan en el *parámetro de control de regularidad* de todas las normas y actos emitidos por las autoridades de un Estado.⁷³

Asimismo, Arturo Guerrero Zazueta indica que "la armonización requiere de multiplicidad de fuentes de rango constitucional",⁷⁴ como ocurre "con las derivadas del derecho internacional de los derechos humanos cuando los propios textos constitucionales remiten a éste para ampliar su contenido"⁷⁵ por medio de diversas cláusulas constitucionales, surgiendo así un bloque de constitucionalidad que constituye "el punto de referencia para la creación de los estándares en materia de derechos humanos".⁷⁶ Adicionalmente, agrega que, en ese contexto, "adquiere especial relevancia la llamada cláusula de *interpretación conforme*, por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales "son armonizados con los valores, principios y normas" contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, al igual que en la jurisprudencia de los tribunales internacionales".⁷⁷

En la Constitución de la República de Honduras se puede identificar una serie de artículos que hace referencia a principios, declaraciones, tratados o convenios internacionales, en especial aquellos cuya materia es en derechos humanos que forman parte de las normas constitucionales y

⁷³ Guerrero Zazueta, Arturo, "Sentencia Armonizadora", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1882.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1883.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, de los cuales se pueden mencionar los artículos 15,⁷⁸ 16,⁷⁹ 18,⁸⁰ 63 y 320.⁸¹

En relación con el artículo 63 que dispone "[l]as declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre". Dicho artículo ha sido interpretado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente forma:

Que de la interpretación del artículo 63 constitucional se establece que el catálogo de derechos es un *numerus apertus*, lo cual conlleva al reconocimiento del ejercicio de derechos no desarrollados por nuestra Constitución, sino que abarca todo texto normativo ya sea de orden legal o internacional suscrito por nuestro país, que amplíe derechos humanos, rompiendo con esto con el principio de interpretación *inclusio unius est exclusio alterius*, es decir que la inclusión de uno supone la exclusión del otro, por lo que en el caso *subjudice*, esta Sala no puede limitarse a solo observar una interpretación restrictiva de los formalismos del Reglamento, dado el mandato constitucional y convencional, que ha determinado que "una Convención o Tratado Internacional son, de hecho y deben ser observados por los jueces como normas de

⁷⁸ Constitución de la República de Honduras, artículo 15. Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universal. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional.

⁷⁹ Constitución de la República de Honduras, artículo 16. Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

⁸⁰ Constitución de la República de Honduras, artículo 18. En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

⁸¹ Constitución de la República de Honduras, artículo 320. En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se aplicará la primera.

derecho fundamental, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad" de manera que aseguren una eficaz protección a los derechos humanos; estando apegados los tribunales no solo a conocer la interpretación última y definitiva de la Constitución que realice ésta Sala, sino también tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los Tribunales Internacionales a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.⁸²

Asimismo, el artículo 63 constitucional incorpora una "cláusula abierta o de no tipicidad",⁸³ en otras palabras, de *numerus apertus*, la cual implica que el reconocimiento de derechos no se limita a los expresamente previstos en la Constitución hondureña, sino que amplía su contenido, extendiéndose a todos aquellos derechos humanos provenientes de otras fuentes del derecho (como son los tratados o convenios internacionales de los cuales el Estado hondureño es parte y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales con competencia para interpretar esos tratados o convenciones), separando esto con el principio de interpretación *inclusio unius est exclusio alterius*, es decir, que la inclusión de uno supone la exclusión del otro.⁸⁴

Cabe destacar, como explica Joaquín Mejía y Josué Padilla, que de la lectura conjunta de los artículos 15 y 16 constitucionales "se deduce con certeza que el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia generada en virtud de él es una fuente fundamental de la que derivan otros derechos humanos en el marco del constitucionalismo hondureño".⁸⁵ Adicionalmente que:

⁸² Sala de lo Constitucional Hondureña, Corte Suprema de Justicia de Honduras. Recurso de Amparo Administrativo. SCO-0544-2017. Sentencia de 6 de junio de 2018. Considerando 12. Disponible en: Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2018. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ], p. 14.

⁸³ Mejía Rivera, Joaquín A. y Padilla Eveline, Josué, "El control de convencionalidad en Honduras. Avances y desafíos", en Mejía Rivera, Joaquín. A. et al. (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Editorial Casa San Ignacio/Editorial Guaymurás, 2016, p. 75.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

⁸⁵ Mejía Rivera, Joaquín A. y Padilla Eveline, Josué, *El control de convencionalidad en Honduras. Avances y desafíos*, op. cit., p. 76.

Bajo esta lógica, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Honduras, y la jurisprudencia emanada de los órganos supranacionales con competencia para interpretar tales instrumentos, se incorporan a nuestra Constitución de la República a través de la cláusula abierta del artículo 63 y complementan los derechos expresamente contenidos en el texto constitucional. Teniendo en cuenta que los tratados internacionales tienen rango constitucional y supralegal, y son de aplicación directa e inmediata.⁸⁶

De igual manera, el artículo 2 de la Ley sobre Justicia Constitucional señala que, para asegurar una eficaz protección de los derechos humanos, las disposiciones de esa ley —ley que tiene por objeto desarrollar las garantías constitucionales y las defensas del orden jurídico constitucional— se interpretarán y aplicarán de conformidad con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República de Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales internacionales. La Sala de lo Constitucional ha indicado que dicha declaración brinda el marco adjetivo interno de la legislación viabilizando la aplicabilidad directa del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de potencializar las garantías y mecanismos de protección que prevé la Convención, mediante una norma procesal constitucional.⁸⁷

Retomando la idea de la creación de estándares mediante la armonización, la Sala de lo Constitucional hondureña, en la sentencia de las acciones de inconstitucionalidad acumuladas con registro SCO-1343-2014 y SCO-0243-2015, emitió el criterio, cuyo fundamento se encuentra en la cláusula de *numerus apertus* contenida en el artículo 63 constitucional, según el cual, para comprender la interacción entre las normas y los

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

⁸⁷ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-1343-2014 y SCO-0243-2015 acumuladas. Sentencia del 22 de abril de 2015, Considerando 8.

principios constitucionales e internacionales, el modelo a seguir debe ser mediante la *interpretación armónica*, al señalar lo siguiente:

Cuando existe contradicción entre normas del mismo rango constitucional, es necesario aplicar los principios de interpretación constitucional y jurídica, para resolver la contradicción de acuerdo al Derecho Constitucional e Internacional aplicables. En la Constitución vigente (1982), para el caso concreto, contiene normas que permiten o garantizan la libertad de expresión o el ejercicio de derechos políticos en los términos más amplios, pero otras normas restringen puntualmente esa libertad o el ejercicio de esos derechos, siendo necesario articular, interpretar armónicamente para evitar la contradicción; tanto por violación a la propia constitución como violación a normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que son superiores a las normas de derecho interno (Artículo 18 Constitucional).- En el caso de confrontación de principios o normas constitucionales e internacionales de Derechos Humanos (libertad de expresión, de conciencia, igualdad, derechos políticos), con otras normas constitucionales como los contenidos en los artículos 239 y 42. 5), **esas normas deben interpretarse armónicamente y cuando ello no se es posible procede la desaplicación para garantizar la armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico.**⁸⁸

La Sala de lo Constitucional no tiene la atribución de reformar la Constitución, su labor debe centrarse en la interpretación conforme del texto constitucional como un todo, a efecto de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo.⁸⁹

Cabe subrayar que en el caso de no ser posible la interpretación armónica, la Sala indicó que procede la desaplicación para garantizar la

⁸⁸ *Ibidem*, considerando 17.

⁸⁹ *Ibidem*, Considerando 18.

armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico.⁹⁰ La declaración de la inaplicabilidad de la norma, si bien no hace que la misma sea expulsada del ordenamiento jurídico, eliminarla o dejarla sin vigencia la vuelve ineficaz o bien letra muerta dentro del ordenamiento jurídico. Como bien explica Edmundo Orellana:

Cuando una ley o disposición se declara inaplicable, el efecto es que, en adelante, ningún órgano del Estado debe aplicarla, es decir, que nadie puede exigir su cumplimiento, porque ningún órgano administrativo o judicial podrá aplicarla. Lo que afecta la declaración de inaplicabilidad es la eficacia de la ley o disposición, no su vigencia. La ley no se anula ni se revoca: sigue vigente, pero ineficaz. Perderá su vigencia únicamente cuando otra ley la derogue o, si está sometida a plazo, cuando éste termine. La derogación tiene el efecto de dejar sin vigencia la ley. Cuando una ley se deroga, se elimina.⁹¹

En consecuencia, se puede afirmar que la Constitución de la República de Honduras adopta la tesis del bloque de constitucionalidad; dicho de otra manera, reconoce "la existencia de un conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico. Es decir, se

⁹⁰ Ejemplo de ello, en la Sentencia de 22 de abril de 2015 de las acciones de inconstitucionalidad acumuladas con registro SCO-1343-2014 y SCO-0243-2015, como consecuencia de la declaración de la inconstitucionalidad de una norma legal ordinaria (artículo 330 del Código Penal, Decreto 144-83) por contravenir derechos y libertades reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, se inaplicaron preceptos constitucionales (42 numeral 5; 239; 4 último párrafo y 374 únicamente en el párrafo que dice: "a la prohibición para ser nuevamente presidente de la República, el ciudadano que lo haya desempeñado bajo cualquier título y el referente a quienes no pueden ser presidentes de la República en el periodo subsiguiente") que vale resaltar, eran de los considerados de carácter pétreo (de los inmodificables o irreformables). A excepción de la norma legal ordinaria (artículo 330 del Código Penal, Decreto 144-83), los preceptos constitucionales no fueron expulsados del ordenamiento jurídico en vista de que la Sala no tiene la atribución de reformar la Constitución y como la misma explicó, "su labor debe centrarse en la interpretación conforme del texto constitucional como un todo, a efecto de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo". Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-1343-2014 y SCO-0243-2015 acumuladas. Sentencia de 22 de abril de 2015, considerando 18.

⁹¹ Orellana, Edmundo, *La Nueva Justicia Constitucional en Honduras*, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 2011, 1a. ed., p. 142.

asume que no todas las normas con carácter constitucional se encuentran en el texto de la Constitución, sino que hay otras que el mismo texto constitucional hace la remisión".⁹²

Asimismo, el criterio adoptado por la Sala de lo Constitucional mediante el cual se incorpora *la interpretación armónica* o bien, *la interpretación conforme* permite armonizar o volver compatibles cuando sea posible la contradicción entre normas del mismo rango constitucional, que en el caso hondureño la armonización no sólo comprende los contenidos de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por el Estado hondureño, sino que incluye la jurisprudencia de las Cortes o Tribunales con competencia para interpretar los tratados internacionales, de los cuales el Estado de Honduras es signatario, verbigracia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, como explica Arturo Guerrero Zazueta:

Esta figura no debe confundirse con la interpretación conforme de normas de rango infraconstitucional, conforme a la cual, en disposiciones de rango secundario, cuando estas admitan dos o más posibles interpretaciones, debe elegirse aquella que las haga compatibles con el texto constitucional. Así, la interpretación conforme no debe tener como finalidad eliminar posibles discrepancias, sino armonizarlas o volverlas compatibles cuando ella resulte posible.⁹³

F. Efectos de las sentencias constitucionales

Conforme al artículo 316 de la Constitución de la República y al artículo 8 de la Ley sobre Justicia Constitucional, las decisiones adoptadas por la Sala de lo Constitucional serán tomadas por *unanimidad* de votos, las cuales serán proferidas en nombre de la Corte Suprema de Justicia y

⁹² Rosillo Martínez, Alejandro, "El Bioderecho: Relación entre la Bioética y los Derechos Humanos", en *Revista UMH-Sapientiae*, Tegucigalpa, Honduras, 2020, p. 36.

⁹³ Guerrero Zazueta, Arturo, *Sentencia Armonizadora*, *op cit.*, p. 1883.

tendrán el carácter de definitivas. No obstante, de no darse la *unanimidad* de votos "el asunto deberá someterse al conocimiento y decisión del Pleno de la Corte Suprema de Justicia".⁹⁴

La Ley sobre Justicia Constitucional en su artículo 6 dispone, como regla general, que la Sala de lo Constitucional en el ejercicio de la justicia constitucional no podrá variar ni modificar sus sentencias después de firmadas; pero sí aclarar algún concepto oscuro o corregir errores materiales de éstas. También, dispone que esas aclaraciones podrán hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la fecha de la sentencia, o a solicitud de parte, presentada a más tardar el día hábil siguiente al de la notificación. En este último caso, la Sala de lo Constitucional resolverá lo que estime procedente dentro del día hábil siguiente al de la presentación de la solicitud.

El artículo 120 de la Ley sobre Justicia Constitucional dispone que las sentencias definitivas que recayeren deberán contener la motivación y fundamentación correspondiente a la parte resolutive de la sentencia. Adicionalmente, contra el fallo proferido por unanimidad de la Sala de lo Constitucional y los que en su caso dicte el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, sólo cabra el recurso de reposición, que podrá ser interpuesto en el acto de la notificación o al día siguiente al de su notificación por la tabla de avisos del Despacho.

Respecto a los efectos de las sentencias, el artículo 316 de la Constitución de la República dispone que los efectos de las sentencias procedentes, estimatorias o declaratorias de inconstitucionalidad total o parcial de la ley son "de ejecución inmediata y tienen efectos generales y, por tanto, derogan la norma inconstitucional, debiendo comunicarse al Congreso Nacional, quien lo hará publicar en el *Diario Oficial la Gaceta*".

⁹⁴ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 8.

En consecuencia, las sentencias surten efecto a partir de la fecha en que se dictan (*ex nunc* - desde ahora) siendo de ejecución inmediata.⁹⁵ Asimismo, son de efectos generales (*erga omnes*). Por ello, la Sala de lo Constitucional debe comunicar lo resuelto al Poder Legislativo para que sea publicada en el *Diario Oficial La Gaceta* y en relación con el "efecto general o eficacia *erga omnes*" la propia Sala de lo Constitucional ha señalado que conlleva "que las mismas vinculan a todos los órganos, poderes y autoridades, a los ciudadanos en general, fijándose así puntos de no retorno del proceso de verificación jurídica de los valores constitucionales".⁹⁶ Declarada la inconstitucionalidad, surte efectos *derogatorios* ya que anula la norma incompatible, expulsando la misma del ordenamiento.

Hay que agregar que las sentencias proferidas por la Sala deben hacerse de forma *abstracta* "sin referencia alguna a los hechos ni al juicio concreto en el cual se pudo plantear la cuestión constitucional".⁹⁷

Aunado a lo anterior, el artículo 94 de la Ley sobre Justicia Constitucional dispone que "[l]a sentencia no afectará las situaciones jurídicas que ya hayan sido definitivamente resueltas y ejecutadas" y que "[e]n materia penal, beneficiará, en su caso, al procesado o condenado." En ese sentido, en virtud que la "*ratio decidendi* constituye un 'precedente' y vincula pro futuro a los jueces", por regla general, no tiene efectos retroactivos. No obstante, excepcionalmente tiene efectos retroactivos (*ex tunc*) en dos situaciones:

a) En las situaciones jurídicas que aún no hayan sido definitivamente resueltas y ejecutadas, es decir, "que tendrá efectos también en los

⁹⁵ *Cfr.*, Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-623-2013. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. SCO-1343-2014 y SCO-0243-2015 acumuladas. Sentencia de 22 de abril de 2015.

⁹⁶ Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0211-2014. Sentencia de 10 de marzo de 2015. Considerando 22.

⁹⁷ Ferrer Mac Gregor, Eduardo *et al.* (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, tomo I, pp. 225.

- procedimientos administrativos, legislativos y judiciales en los que todavía no haya recaído resolución o bien que emitida no haya sido ejecutada, lo que significa que tiene efectos retroactivos",⁹⁸; y
- b) En materia penal cuando beneficie al procesado o condenado.⁹⁹

Finalmente, la declaratoria de inconstitucionalidad también podrá tener efecto *extensivo*. La Ley sobre Justicia Constitucional en el artículo 90 dispone que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal podrá declarar también inconstitucionales aquellos preceptos de la misma ley o de otra u otras con las que tenga una relación directa y necesaria. Verbigracia, en la acción de inconstitucionalidad con registro SCO-696-12 la Sala de lo Constitucional señaló conducentemente:

Señala el jurista argentino Linares Quintana en su obra "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", que la Constitución debe ser interpretada como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la disposición que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema. Este importante aserto doctrinal contribuye a dilucidar el contenido del artículo 90 de la Ley Sobre Justicia Constitucional, que determina lo que en técnica jurídica constitucional se denomina: «EFECTO EXTENSIVO DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD». Acorde con esta disposición: "La sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, podrá declarar también inconstitucionales aquellos preceptos de la misma ley, de otra u otras con las que tenga una relación directa y necesaria" Para esta Corte, y recapitulando la censura de constitucionalidad admitida en la presente sentencia, se ha demostrado la inconstitucionalidad por razón de contenido de una serie de preceptos legales, como son

⁹⁸ Orellana, Edmundo, *La Nueva Justicia Constitucional en Honduras*, op. cit., p. 141.

⁹⁹ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 94.

los artículos 4, 23, 24 y 64 del DECRETO LEGISLATIVO No. 219-11, contentivo de la LEY DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA Y LA CARRERA JUDICIAL, emitido por el CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA, en fecha veinticinco de noviembre de dos mil once y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 32,706, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil once; a los cuales debe agregarse, por efecto extensivo de la declaratoria de inconstitucionalidad, la totalidad de los artículos restantes del referido decreto, vigente a partir de su publicación, vista la relación directa y necesaria entre estos preceptos legales y los tachados de inconstitucionalidad, atingentes al nombramiento de los Consejeros de la judicatura, su conformación orgánica y atribuciones; el nombramiento del Inspector General de tribunales e Inspector adjunto, sus atribuciones de investigación patrimonial a los funcionarios y empleados del Poder Judicial, y las que remiten al Reglamento las faltas y sanciones que configuran el régimen disciplinario de la Carrera Judicial; todo ello por su abierta confrontación e incompatibilidad con la Norma Suprema, como es la Constitución de la República. Por apego al principio de legalidad y de razonabilidad, de ninguna manera pueden quedar normas inconexas, vagas e indeterminadas, sin sujeción a un cuerpo legal acorde con la Constitución. Por ende, debe también declararse la inconstitucionalidad, por razón de contenido, del resto del articulado de la referida ley, por efecto extensivo de la presente sentencia de declaratoria de inconstitucionalidad.¹⁰⁰

En el caso de que la Sala de lo constitucional, después de la realización del análisis sobre la constitucionalidad de la ley que haya sido impugnada, estima que no hay motivos para declararla inconstitucional, desestimará su inconstitucionalidad.¹⁰¹

¹⁰⁰ Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-696-2012. Sentencia de 14 de marzo de 2016. Considerando SÉPTIMO.

¹⁰¹ Véase: Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0824-2015. Sentencia de 13 de septiembre de 2016; Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0061-2017. Sentencia de 27 de marzo de 2019. Disponible en: Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2019. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ], pp. 103-107; y Sala de lo

De igual manera, la Sala de lo Constitucional podrá desestimar toda acción, excepción o cuestión de inconstitucionalidad cuando los motivos alegados sean los mismos, aunque se trate de personas distintas, en que se hubiese sustentado un proceso anterior en el que la respectiva sentencia haya declarado sin lugar la inconstitucionalidad.¹⁰² Un precedente de ello se dio en la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad con registro SCO-295-13 señalando que:

Que una vez expuesto lo anterior, resulta una certeza para esta Sala de lo Constitucional, que el fallo emitido en la acción con registro SCO 706=11 de fecha primero de noviembre de dos mil trece (2013), del cual se ha hecho amplia y literal referencia, al ser desestimatorio de la inconstitucionalidad alegada en cuanto al Decreto Legislativo No. 27-2010 contentivo de la LEY SOBRE PRIVACIÓN DEFINITIVA DEL DOMINIO DE BIENES DE ORIGEN ILÍCITO torna en innecesario y reiterativo un nuevo pronunciamiento sobre la constitucionalidad del decreto impugnado, sobre las bases de los mismos motivos esgrimidos con anterioridad, con la salvedad ya argumentada; resultando de lo anterior fundamentada la ostensible improcedencia del presente recurso y excepción de inconstitucionalidad, dando lugar a su consiguiente sobreseimiento.¹⁰³

También, cuando la demanda de inconstitucionalidad se haya interpuesto por la vía de excepción y ésta fuere declarada inadmisibles o improcedente, "el incidentista será responsable por el resarcimiento de los daños o perjuicios que hubiere ocasionado con motivo de la suspensión del procedimiento principal".¹⁰⁴

Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad SCO-0030-2014. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Disponible en: Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2014. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ], pp. 42-50.

¹⁰² Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 91.

¹⁰³ Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-295-2013. Sentencia de 3 de junio de 2014.

¹⁰⁴ Ley sobre Justicia Constitucional, Honduras, Decreto 244-2003, artículo 86.

G. Recapitulación. Conclusiones

La Corte Suprema de Justicia de Honduras está integrada por 15 Magistrados y Magistradas, de los cuales 14 son distribuidos en las cuatro Salas que conforman la Corte que, entre las mismas, se encuentra la Sala de lo Constitucional integrada por cinco Magistrados y es a ésta a la que le corresponde la *jurisdicción constitucional*.

La Sala de lo Constitucional ejerce tres tipos de controles, a saber: el control *tutelar*, control del *poder público* y el control *normativo*. Respecto al último, es exclusivo de la Sala y ejercido a través de la garantía de inconstitucionalidad. Dicha garantía es un mecanismo procesal-constitucional en el que las personas que se encuentren legitimadas y cumpliendo con los requisitos procesales que establece la Constitución y la Ley sobre Justicia Constitucional (por vía de *acción* o *excepción*) o a solicitud de algún órgano jurisdiccional (*promovida de oficio*) pueden solicitar ante la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de una ley porque no es conforme a la Constitución o un tratado internacional (*por motivos de fondo o contenido*) o porque no se ha observado el proceso legislativo establecido en la Constitución o cuando a una disposición se le dé el carácter de ley sin haber sido creada por el órgano legislativo (*por motivos de forma*).

Tras una tramitación procedimental, se dicta una sentencia siguiendo la rígida alternativa de *estimación* o *desestimación* pronunciándose en *abstracto* y, que en el caso que la ley impugnada sea incompatible con la Constitución o un tratado internacional, la Sala procederá a declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada y dicha sentencia tendrá efectos *ex nunc* (excepcionalmente *ex tunc*), *erga omnes* y *derogatorios*.

Empero, la Sala de lo Constitucional también puede y ha proferido de aquellas sentencias que se apartan del modelo de solución tradicional *estimatorias/desestimatorias*, que resultan ser creaciones jurisprudenciales y que no tienen una base legal o constitucional, es decir, de las deno-

minadas *atípicas*, tales como algunas de las desarrolladas en el presente texto como ser las *monitorias*, *interpretativas*, *reductoras* y *armonizadoras*.

Se aclara que dentro de la tipología de sentencias atípicas no se limitan a las anteriores. Diversas Cortes Supremas, Tribunales o Salas Constitucionales utilizan una gran variedad de las mismas, entre éstas, por ejemplo, las *sentencias aditivas* que son aquellas "dictadas en un procedimiento de inconstitucionalidad, que, sin afectar al texto de la disposición impugnada, producen un efecto de extensión o ampliación de su contenido normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto de la disposición no prevé".¹⁰⁵ También, un segundo ejemplo, las *sentencias sustitutivas*, que son aquellas "en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal",¹⁰⁶ y así entre otras.

Las sentencias *atípicas* poseen diversas finalidades, ya sea la de *recomendar* al legislador para que haga las adecuaciones para que la ley ordinaria sea conforme a la Constitución; *señalar* o *determinar* la interpretación "adecuada" o "errónea" de la norma impugnada para que se ajuste a la Constitución; *modificar* el contenido de la norma impugnada ya sea reduciendo, adicionando o sustituyendo algunas de sus partes para que sea acorde a la Constitución; *armonizar* las distintas fuentes de rango constitucional para crear estándares únicos que auspicien la armonía constitucional; entre otras finalidades. Pese a lo anterior, como explica Giovanni Figueroa, "[t]odas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que a través de ellas

¹⁰⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier, "Sentencia Aditiva", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021, p. 1878.

¹⁰⁶ Díaz Revorio, Francisco Javier, "Sentencia sustitutiva", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, *op. cit.*, p. 1912.

se incorpora algo nuevo a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia".¹⁰⁷

Respecto a las estadísticas de ingresos y sentencias de recursos de inconstitucionalidad en los años 2010 a 2021 en Honduras, no es posible determinar un porcentaje de las sentencias atípicas proferidas por la Sala de lo Constitucional en esos años en vista de que sólo se contó con los datos cuantitativos de las sentencias. Empero, se pudo extraer que del total de ingresos el 85% fue por la **vía** de *acción*. En consecuencia, se puede afirmar que es el medio o vía procesal mediante el cual se interponen la mayor cantidad de recursos de inconstitucionalidad. De igual manera, del total de sentencias resueltas de recursos de inconstitucionalidad, indistintamente el medio o vía procesal utilizado (*acción*, *excepción* o *de oficio*), en el 7.8% de sentencias se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley impugnada y, por último, el caso de inadmisiones y sentencias que declaran sin lugar la inconstitucionalidad representa el 77% del total.

H. Bibliografía

Constitución de la República, Decreto No. 131.

Díaz Revorio, Francisco Javier, "Sentencia Aditiva", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

_____, "Sentencia Interpretativa", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A.

¹⁰⁷ Figueroa Mejía, Giovanni A, "Sentencia Constitucional Atípica", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al. (Coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, pp. 1889-1890.

y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

_____, "Sentencia reductora", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

_____, "Sentencia sustitutiva", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

Escobar Fornos, Iván, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, tomo I, p. 225.

Figueroa Mejía, Giovanni A., "Sentencia Constitucional Atípica", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

_____, "Sentencia Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucio-*

nal y convencional, 3a. ed., 1001 voces. In *Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

_____, "Sentencia Monitoria", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In *Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

Guerrero Zazueta, Arturo, "Sentencia Armonizadora", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., 1001 voces. In *Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Decreto 189-87.

Ley General de la Administración Pública, Decreto 146-86.

Ley sobre Justicia Constitucional, Decreto 244-2003.

López Olvera, Miguel Alejandro y López Ruiz, Miguel, "Sentencia (estilo de la)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a edición, 1001 voces. In *Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, 2021.

Mejía Rivera, Joaquín A. y Padilla Eveline, Josué, "El control de convencionalidad en Honduras. Avances y desafíos", en Mejía Rivera, Joaquín A. *et al.*, (coords.), *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Tegucigalpa, Editorial Casa San Ignacio/Editorial Guaymuras, 2016.

Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas", en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 1, 2010.

Orellana, Edmundo, *La Nueva Justicia Constitucional en Honduras*, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 2011.

Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2014. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ].

Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2018. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ].

Poder Judicial de Honduras. Gaceta Judicial 2019. Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial [CEDIJ].

Real Academia Española. "atípico, ca", 2020.

Rosillo Martínez, Alejandro, "El Bioderecho: Relación entre la Bioética y los Derechos Humanos", en *Revista UMH-Sapientiae*, Tegucigalpa, 2020.

Sagüés, Néstor Pedro, "Efectos de las sentencias constitucionales en el Derecho argentino", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Amparo Contencioso Administrativo en consulta. SCO-0499-2017. Sentencia de 9 de agosto de 2018.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0271-2007. Sentencia de 14 de diciembre de 2007.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0147-08. Sentencia de 1 de septiembre de 2011.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-769-2011. Sentencia de 17 de octubre de 2012, considerando 19.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0295-2013. Sentencia de 3 de junio de 2014.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0709-2014. Sentencia de 9 de diciembre de 2014.

Sala de lo Constitucional Hondureña, Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0211-2014. Sentencia de 10 de marzo de 2015.

Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-1343-2014 y SCO-0243-2015 acumuladas. Sentencia de 22 de abril de 2015.

Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0696-2012. Sentencia de 14 de marzo de 2016.

Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0824-2015. Sentencia de 13 de septiembre de 2016.

Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0860-2017. Sentencia de 24 de enero de 2018.

Sala de lo Constitucional Hondureña. Recurso de Inconstitucionalidad. SCO-0189-2018. Sentencia de 29 de mayo de 2018.

Unidad de Estadísticas, Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial (CEDIJ). Ingresos según tipo de recursos. Años: 2010 a julio de 2021. Elaborado el 2 de septiembre de 2021.

Unidad de Estadísticas, Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial (CEDIJ). Resoluciones Según Tipo de Recurso y Tipo de Resolución. Años 2010 a julio de 2021. Elaborado el 2 de septiembre de 2021.

16. Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México

Giovanni A. Figueroa Mejía*

* Académico de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt, Nivel II.

SUMARIO: A. Las competencias de la Suprema Corte en materia de control de constitucionalidad. B. Las sentencias constitucionales típicas, básicas o elementales. 2.1. Tipología de las sentencias típicas de la Suprema Corte. 2.2. Efectos de las sentencias típicas de la Suprema Corte. C. Sentencias constitucionales atípicas. Su estudio de acuerdo con las características propias del sistema mexicano de control de constitucionalidad. 3.1. Consideraciones terminológicas. 3.2. Las sentencias constitucionales atípicas de la Suprema Corte. Especial análisis de aquellas recaídas en el control de constitucionalidad de las leyes 3.2.1. Principios que justifican el empleo de sentencias atípicas. 3.2.2. Consideraciones preliminares sobre la clasificación y tipología de las sentencias atípicas. 3.2.3. Modalidades sentenciadoras atípicas de la Suprema Corte mexicana. a. Sentencias interpretativas en sentido estricto. b. Sentencias manipulativas. c. Sentencias monitorias. d. Otro tipo de sentencias atípicas. D. Consideraciones finales sobre las sentencias atípicas. E. Fuentes de consulta.

A. Las competencias de la Suprema Corte en materia de control de constitucionalidad

Antes de emprender el estudio de las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo la Suprema Corte, la Corte o SCJN), hay que precisar que en el caso mexicano los mecanismos para defender el contenido de la Constitución son competencia del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 94, 103, 104, 105, 106 y 107 de la propia Ley Fundamental. Con base en dichos preceptos se puede afirmar que a la Suprema Corte "le ha conferido la Constitución general *el deber* de vigilar, a través de los diferentes medios de control constitucional, que no sea vulnerado el orden supremo que la misma previene".¹

¹ Tesis jurisprudencial P/J. 130/99, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo X, correspondiente a noviembre de 1999, p. 793 (cursivas mías).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo Tribunal de México y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Está integrada por once Ministros (Magistrados constitucionales) y funciona en Pleno o en dos Salas (Sala Civil y Penal y Sala Administrativa y Laboral).

El Pleno funciona con un quórum de siete Ministros, salvo en los casos que necesitan de una votación calificada de ocho votos (controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, declaratorias generales de inconstitucionalidad). En los demás casos sus resoluciones se toman por unanimidad o mayoría de votos. En el caso de las Salas se requiere que estén presentes por lo menos cuatro de los cinco Ministros que las componen para funcionar y sus resoluciones se toman por unanimidad o mayoría de votos. El Ministro Presidente no integra alguna de las dos Salas, es elegido por votación de los once Ministros y dura en el cargo cuatro años, sin posibilidad de ser reelecto para un periodo inmediato posterior.

La Suprema Corte es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional del país, es decir, es el Tribunal Constitucional mexicano, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1994, 2011 y 2021. Se trata de la instancia definitiva en materia de control de constitucionalidad de normas generales mediante el juicio de amparo. Asimismo, tiene la competencia exclusiva para conocer de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad.²

Respecto a los recursos de revisión en amparos indirectos conoce cuando se promuevan contra las sentencias que pronuncien los Jueces de Distrito o los Tribunales Colegiados de Apelación; cuando habiéndose im-

² Un análisis general sobre la Suprema Corte se puede ver en Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, "Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1001 Voces, In memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021, pp. 1952-1954.

pugnado leyes federales o locales, tratados internacionales o reglamentos, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, o bien, cuando se trate de leyes o actos de las autoridades federales que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, o en los casos de leyes o actos de los estados que invadan la esfera de competencias de la autoridad federal.³

Además, podrá conocer de los recursos de revisión en amparos directos contra las sentencias que pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, si en ellas se decidió u omitió resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general o se establezca la interpretación de un precepto constitucional o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, siempre que dichos temas se hubieren planteado en la demanda de amparo, o bien, que el órgano colegiado oficiosamente hubiera introducido su estudio.

También se considerará procedente el recurso de revisión si el problema de constitucionalidad referido entraña la fijación de un criterio que revista un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos a juicio del Alto Tribunal, lo cual se actualiza en dos supuestos: 1) Cuando se advierta que la resolución de un amparo directo en revisión dará lugar a un pronunciamiento novedoso o relevante para el orden jurídico nacional y 2) cuando lo decidido en la sentencia recurrida pueda implicar el desconocimiento de un criterio sostenido por la SCJN relacionado con alguna cuestión constitucional, por haberse resuelto en contra de dicho criterio o bien, se hubiere omitido su aplicación.⁴

En ciertos casos, la SCJN puede resolver juicios de amparo directo cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales Colegiados de Circuito, siem-

³ Artículos 107, fracción VIII, de la Constitución mexicana, y 81, fracción I, inciso e), y 83, de la Ley de Amparo.

⁴ Artículos 107, fracción IX, de la Constitución mexicana; 81, fracción II, y 96 de la Ley de Amparo.

pre que la trascendencia de los problemas jurídicos planteados en tales asuntos requiera un pronunciamiento del Tribunal Constitucional del país. Así, la Suprema Corte, de oficio y a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.⁵

El conocimiento de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad son una competencia exclusiva de la SCJN, pues si el artículo 105 de la Constitución mexicana no establece este monopolio a favor de la Suprema Corte, sí lo hace el artículo 104 cuando, al determinar las competencias de los Tribunales de la Federación, establece, en su fracción IV, que las controversias y las acciones a que se refiere el artículo 105 serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte; aunque también es cierto que únicamente "en los términos que señale la ley reglamentaria" (artículo 105 constitucional), de manera que sólo la SCJN puede declarar una ley inválida en estos dos instrumentos.

Por lo que se refiere a las controversias constitucionales, éstas son un mecanismo de control constitucional cuya finalidad es resolver un conflicto competencial entre órganos del Estado (Poderes Ejecutivo, Legislativo y, en ciertos casos, Judicial) o diversos órdenes jurídicos (Federación, entidades federativas y municipios). Estos conflictos competenciales se pueden producir por una norma general, un acto o una omisión, con excepción de las que se refieran a la materia electoral,⁶ y producen una violación directa de la Constitución, así como los principios de federalismo mexicano y división de poderes.

Este juicio es un instrumento de control tanto abstracto como concreto, pues permite, por un lado, que la SCJN se pronuncie cuando un órgano, en

⁵ Artículos 107, fracción VIII, de la Constitución mexicana, y 85 de la Ley de Amparo.

⁶ Artículo 105, fracción I, de la Constitución mexicana.

ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, usurpe competencias de otro órgano y genere un daño y, por el otro, permite una revisión judicial de las normas que conforme a la Constitución presenten incompatibilidad, esto es, la violación se genera por la norma inconstitucional o en su caso por un acto u omisión.

Como en todo juicio, existen dos tipos de legitimación: la activa y la pasiva. La legitimación activa recae en determinadas entidades, poderes u órganos para impugnar normas generales, actos u omisiones que consideran perjudiciales para su ámbito competencial constitucionalmente asignado. Y la legitimación pasiva es la que tienen ciertas entidades, poderes u órganos que hubieren emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto de la controversia, aunque también se les puede demandar por las omisiones en que incurran. En cualquiera de los supuestos señalados se considera que la parte demandada trasgrede el ámbito de competencias de otra entidad, poder u órgano.

Por su parte, la acción de inconstitucionalidad se ubica en el supuesto que la doctrina denomina control abstracto de constitucionalidad, pues se promueve a partir de la publicación de la ley, con independencia de su aplicación concreta. La misma SCJN ha reconocido que el control de constitucionalidad realizado mediante la acción de inconstitucionalidad no hace necesaria "la existencia de agravio alguno, en virtud de que dicho medio de control se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional, a fin de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis en abstracto de la constitucionalidad de la norma".⁷

Con otras palabras, las partes legitimadas para promover la acción de inconstitucionalidad no la ejercitan "para deducir un derecho propio o

⁷ Sentencia del 7 de agosto de 2001, recaída en la acción de inconstitucionalidad 14/2001, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XIV, correspondiente a septiembre de 2001, p. 823. En similares términos véase la Tesis P/J.20/2001, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XIII, correspondiente a marzo de 2001, p. 448.

para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general",⁸ pues para garantizar los derechos de las personas cuando éstas crean que están siendo agraviadas por la publicación o por el primer acto de aplicación de una disposición normativa, así como por una omisión legislativa, la vía es el control de constitucionalidad concreto que, como se señaló, en México se lleva a cabo mediante el juicio de amparo.

En términos generales, lo que se plantea por esta vía es la posible contradicción entre una norma de carácter general, por una parte, y la Constitución federal, por la otra. Por medio de esta acción se solicita la declaración de invalidez de la norma infraconstitucional, a fin de hacer prevalecer los mandatos de la Constitución. En consecuencia, están sujetas al control de constitucionalidad por medio de este instituto procesal todas las leyes que formalmente tengan tal carácter, es decir, no sólo las leyes de la Federación aprobadas por el Congreso de la Unión, sino también las leyes de las entidades federativas que hayan sido aprobadas, promulgadas y publicadas por los respectivos órganos de cada uno de los estados, incluidas las Constituciones locales, así como las leyes del Poder Legislativo de la Ciudad de México.

La fuerte carga política de la acción de inconstitucionalidad salta a la vista. Lo que se solicita de la SCJN es una desautorización inmediata y directa de la manifestación de voluntad del órgano legislativo o ejecutivo. De ahí la importancia de que la Constitución y la legislación sean muy cuidadosas al determinar la regulación de dicho proceso, y más aun al estipular cuáles son los órganos habilitados legalmente para interponerlo. Así, los sujetos legitimados para interponer la acción (legitimación activa) están establecidos, de manera limitativa, en la fracción II del artículo 105 de la Constitución federal.

⁸ Sentencia del 8 de junio de 1999, recaída en la acción de inconstitucionalidad 2/99 y su acumulada 3/99, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo X, correspondiente a noviembre de 1999, p. 791.

Sin embargo, no todos ellos pueden plantear ese medio de control constitucional contra cualquier ley, sino que su legitimación varía en función del ámbito de la norma que pretende impugnarse, es decir, si se trata de leyes federales, locales, de la Ciudad de México o de tratados internacionales.

Adicionalmente, el artículo 10 de la Ley Reglamentaria establece que son parte como demandados (legitimación pasiva) la entidad, poder u órgano que hubiere emitido (Poder Legislativo) o promulgado (Poder Ejecutivo) la norma general impugnada.

B. Las sentencias constitucionales típicas, básicas o elementales

El hecho de que exista una categoría de sentencias constitucionales denominadas típicas, básicas o elementales, responde al esquema ideado originalmente por Kelsen,⁹ quien distinguía entre sentencias que declaran de manera pura o simple la inconstitucionalidad de la disposición normativa o actos impugnados y, en consecuencia, su eliminación del ordenamiento jurídico (sentencias estimatorias), y sentencias que rechazan la pretensión de inconstitucionalidad al considerarla infundada (sentencias desestimatorias).

Con este tipo de sentencias se ha identificado a los Tribunales Constitucionales como una especie de "legisladores negativos" —*di contrarius actus*—, al entender que solamente anulan las disposiciones secundarias o actos que consideran opuestas a la Constitución. Esto es, en el Derecho comparado, la sentencia puede ser estimatoria de la inconstitucionalidad planteada por el sujeto con legitimación activa o declararse de oficio su incompatibilidad constitucional. A su vez, el pronunciamiento puede

⁹ Cfr. Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, traducida al español en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.

ser desestimatorio si el Tribunal no encuentra en la ley o acto sometido a control algún vicio de inconstitucionalidad o bien si, de existir tal vicio, no se alcanza la mayoría requerida para declarar su inconstitucionalidad.

2.1. Tipología de las sentencias típicas de la Suprema Corte

Ahora procede realizar el estudio de esta tipología de sentencias en los tres mecanismos de control constitucional aludidos en el epígrafe I.

De inicio se indica que con las sentencias emitidas en juicio de amparo se dirime la controversia de fondo en cuanto a si la autoridad responsable violentó algún derecho o garantía del quejoso o se encontró apegada a Derecho, aun cuando se haya determinado el sobreseimiento. Estas sentencias pretenden resolver el conflicto con restituir o hacer respetar al quejoso el derecho o derechos que se estima le fue o fueron violentados, cuyo contenido se funda en la explicación, justificación y comunicación sustentados en la argumentación jurídica, en la cual se sostiene, racionalmente, la respuesta al problema planteado.¹⁰

Respecto a la tipología formal de las sentencias emitidas en juicio de amparo, en términos generales se les suele clasificar en: a) Estimatorias, que son aquellas que consideran procedentes y fundados los conceptos de violación, por lo cual se concede al solicitante del juicio el amparo y protección de la justicia federal; b) desestimatorias, aquellas que declaran que el acto reclamado es constitucional, y por ello se niega el amparo), y c) de sobreseimiento, aquellos pronunciamientos que no deciden sobre el fondo del asunto, pero sí finalizan el juicio tras advertir una causal que da motivo a ello.

¹⁰ Cfr. Aguilar López, Miguel Ángel, "Sentencias de amparo: efectos, motivación e interpretación constitucional y convencional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, pp. 368-369.

Asimismo, desde otra perspectiva, a las sentencias se les ha clasificado en: a) Definitivas, que son aquellas que admiten un medio de impugnación ordinario o extraordinario, y b) firmes, cuando no se combate la sentencia en el plazo legal o son pronunciadas en la última instancia, por ejemplo, por la Suprema Corte.

También hace falta precisar que, de acuerdo con los artículos 41 y 72 de la Ley Reglamentaria del 105 constitucional, las sentencias que pueden recaer en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad son las siguientes: a) Estimatorias, que son aquellas en las cuales se declara que la disposición, el acto o la omisión impugnada es inconstitucional; b) desestimatorias, aquellas que consideran que la norma, el acto o la omisión impugnada es constitucional o, mejor dicho, que consideran que los argumentos del promovente no demuestran su inconstitucionalidad; c) que reconocen la validez constitucional, es decir que el precepto impugnado es válido en atención a que dicho reconocimiento fue aprobado por un número de cuando menos ocho votos de los Ministros que integran el Pleno del Alto Tribunal, y, por último, d) de improcedencia o sobreseimiento,¹¹ aquellas que reconocen la existencia un impedimento legal para entrar al análisis de fondo del tema planteado, por ejemplo porque el promovente no se encuentra legitimado para incoar el juicio o porque realizó la impugnación de manera extemporánea.

Sin embargo, junto a estos cuatro tipos clásicos o tradicionales de sentencias, que se presentan como insuficientes para hacer frente al control

¹¹ Si se ha decidido integrar el sobreseimiento a las resoluciones llamadas sentencias, es porque el propio ordenamiento jurídico mexicano lo contempla como tal, así como un amplio sector de la doctrina procesal por tratarse de un auto en sentido estricto que pone fin al juicio cuando no existe alguno de los presupuestos procesales básicos para entrar a decidir el fondo del asunto. Así, se considera sentencia al sobreseimiento que surge, por ejemplo, en el juicio de amparo (artículo 74 de la Ley de Amparo: "La sentencia debe contener: [...] IV. Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoyen para conceder, negar o sobreseer [...]."), o al que se da en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (artículo 41 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución federal: "Las sentencias deberán contener: [...] V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento [...].").

de constitucionalidad, el ordenamiento jurídico mexicano —a partir de las reformas constitucionales y legales de 1994— prevé disposiciones que, además de ser de gran trascendencia para la concepción y posición que en la actualidad puede predicarse de la SCJN, sirven como sostén para escapar de la rígida alternativa de la declaración pura y simple de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Dentro de dichas disposiciones de la Ley Reglamentaria del 105 constitucional se destacan, por la importancia que tienen para los fines de este estudio, aquella que fija el término para el cumplimiento de las actuaciones que se determinen en la parte dispositiva o resolutive de la sentencia (artículo 41, fracción IV); también la que establece que las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas (artículo 43); finalmente, la que otorga a la SCJN la facultad de determinar a partir de cuál momento producirán efectos sus sentencias (artículo 45).¹²

2.2. Efectos de las sentencias típicas de la Suprema Corte

Para determinar los efectos de las sentencias de amparo es necesario precisar que de acuerdo con el artículo 74 de la Ley de la materia, la resolución debe contener:

- I. La fijación clara y precisa del acto reclamado; II. El análisis sistemático de todos los conceptos de violación o en su caso de

¹² Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Porrúa/UNAM/IMDPC, 2009, p. 63, señalan que "esta amplia facultad otorgada a la Suprema Corte para determinar en cada caso los alcances y efectos de las sentencias estimatorias, especialmente cuando se logra la votación calificada para declarar la invalidez con efectos generales, ha llegado a extender los efectos a otras normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, sean de igual o menor jerarquía que la impugnada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas determina, por el mismo vicio que la invalida, su contraposición con el orden constitucional que debe prevalecer".

todos los agravios; III. La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el juicio; IV. Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para conceder, negar o sobreseer; V. Los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso de amparos directos, el pronunciamiento respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas en las cuales, cuando proceda, el órgano jurisdiccional advierta en su presencia de la queja, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución, y VI. Los puntos resolutivos en los que se exprese el acto, norma u omisión, por el que se conceda, niegue o sobresea el amparo y, cuando sea el caso, los efectos de la concesión en congruencia con la parte considerativa [...].

Específicamente, al reclamar actos u omisiones de autoridad o de particulares en ejercicio de su facultad de autoridad, el artículo 77 de la Ley de Amparo comprende los siguientes efectos dentro de la concesión del amparo: "I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación.¹³ II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, se obligará a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija".¹⁴

¹³ Este tipo de actos de carácter positivo consisten en la decisión o ejecución de un hacer por parte de la autoridad responsable, en el ejercicio de sus atribuciones; al efecto, el juzgador debe establecer con precisión en la sentencia los efectos y sus consecuencias, y especificar las medidas que las autoridades o particulares deben adoptar para asegurar su cabal cumplimiento y la restitución de los derechos del quejoso al estado en que se encontraban, lo cual inicia después del requerimiento de dejar sin efectos el acto reclamado. Hay que hacer énfasis en que de conformidad con el principio de división de funciones, la Suprema Corte no podrá sustituir a las autoridades responsables en sus atribuciones, por lo cual no podrá reponer en sus resoluciones el procedimiento y dictar un nuevo fallo en el que repare los derechos y/o garantías violentadas a quien solicita el amparo, pues dichas circunstancias deberán ser efectuadas reenviando constancias a la instancia respectiva, para que sea ella quien en cumplimiento de sus funciones acate la resolución de amparo.

¹⁴ Los actos de carácter negativo se traducen en un "no hacer", es decir, en una omisión de las autoridades responsables que se rehúsan a cumplir con las pretensiones solicitadas por el gobernado; también en casos en los cuales la autoridad responsable adopta una conducta de omisión o abstinencia que da como resultado la violación de los derechos humanos o garantías de las que goza el

Otro tipo de efectos de las sentencias de amparo son aquellos que resuelven la constitucionalidad de una norma general, cuyas consecuencias sí pueden extenderse a todas las normas o actos que conlleven la regulación declarada inconstitucional, sin que sea relevante que las mismas tengan jerárquicamente una posición superior o inferior.

Al pasar a los efectos *inter partes* o *erga omnes* de las sentencias de amparo estimatorias que determinan la inconstitucionalidad de disposiciones normativas, la Suprema Corte y los demás Tribunales integrantes del Poder Judicial de la Federación, por regla general declaran que tienen efectos *inter partes* en atención al principio de relatividad de las sentencias, es decir, la norma solo se inaplica para el quejoso. Así lo establece el artículo 73 de la Ley de Amparo cuando señala que las sentencias que se pronuncien en este mecanismo de control constitucional "sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la sentencia".

No obstante, la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011 suprimió de la parte final de la fracción II del artículo 107 constitucional la frase que decía "sin hacer una declaración general respecto a la ley o acto que la motivare", y con ligeras variaciones terminológicas, el artículo 73 de la Ley de Amparo de 2013 permite una declaratoria general de inconstitucionalidad que eventualmente pueda pronunciar la Suprema Corte, cuando considere que la ley secundaria contraviene la Constitución.

A partir de estas modificaciones a la Constitución y a la multicitada ley, la sentencia de amparo ya no se da sólo en beneficio de quien ha sido afectado directamente, pues con la declaratoria general de inconstitu-

quejoso, cuyo efecto, tras conceder el amparo, será el de obligar a la autoridad responsable a que actúe respetando el correspondiente derecho y cumpla lo que, en su caso, se le exige en la sentencia.

cionalidad se busca que las disposiciones normativas declaradas inconstitucionales beneficien a todas las personas. Es indispensable indicar que únicamente las sentencias emitidas en juicios de amparo indirecto en revisión se encuentran en posibilidad de formar jurisprudencia que establezca la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales.

De igual forma, hay que considerar los aspectos específicos que deben tenerse en cuenta para originar una declaratoria general de inconstitucionalidad en amparo, los cuales están contemplados en la fracción II del artículo 107 constitucional y en los artículos 231 a 235 de la Ley de Amparo. Así, cuando las Salas o el Pleno de la Suprema Corte, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, el Presidente de la Sala respectiva o del Pleno informará a la autoridad emisora de la norma correspondiente en un plazo de quince días.

Igualmente, cuando el Máximo Tribunal, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezca jurisprudencia por precedente, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, quien lo presida lo notificará a la autoridad emisora. Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el Pleno de la Suprema Corte emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

No debe pasar inadvertido que la declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la resolución o jurisprudencia que le dio origen; será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá: "I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, y II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad. Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

A pesar de estos efectos generales que pueden tener las sentencias de amparo, a la fecha sólo en dos ocasiones se ha utilizado esta posibilidad. La primera vez fue en el amparo indirecto en revisión 6/2017, en cuya sentencia se eliminó una parte del artículo 298, inciso B), fracción IV, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. La norma declarada inconstitucional establecía una multa mínima para concesionarios o autorizados de radio y televisión, equivalente al 1% de sus ingresos acumulables, lo cual resultaba excesivo. Entonces, se declaró inconstitucional la porción normativa que establece "el 1%". La segunda ocasión fue cuando el Pleno de la Suprema Corte resolvió la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, mediante la cual se eliminó la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de *cannabis* y THC (en conjunto conocidos como marihuana), que establecían los artículos 235, último párrafo, y 247, último párrafo, de la Ley General de Salud, en las porciones que establecían que la Secretaría de Salud sólo podría autorizar la realización de actividades relacionadas con el autoconsumo del citado estupefaciente "para fines médicos y científicos". La Corte al emitir la sentencia consideró que el modelo de prohibición absoluta entraña una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores.

En cuanto a los efectos de las sentencias estimatorias y desestimatorias en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, se debe precisar que algunos artículos regulan de manera conjunta ciertas cuestiones que se aplican a los dos mecanismos de control constitucional; por tanto, enseguida se aludirán los artículos correspondientes y, cuando sea necesario, se hará la distinción de los efectos que varían, según el objeto impugnado en uno y otro instrumento de control.

Comenzando por las disposiciones normativas aplicables a controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, el artículo 71 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional señala como requisito de la sentencia que la Suprema Corte en todos los casos "deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los

conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte [...] podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no haya sido invocado en el escrito inicial".

Ese mismo precepto establece que la Suprema Corte "podrá fundar su declaración de invalidez en la violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial". Además, señala una excepción a la regla que se aplica sólo a acciones de inconstitucionalidad, en el sentido de que las sentencias de la Corte en materia electoral "sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial".

Por su parte, el artículo 41 dispone que las sentencias recaídas en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad deberán contener:¹⁵ "I. La fijación breve y precisa de las normas generales, actos u omisiones objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados"; "II. Los preceptos que la fundamenten", que no tienen que ser reproducidos en su integridad; "III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados"; "IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales, actos u omisiones respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada".

¹⁵ Aunque este artículo se encuentra dentro del apartado de controversias constitucionales (Título II), se aplica también a las acciones de inconstitucionalidad en atención al contenido del artículo 59 de la Ley Reglamentaria que previene: "En las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán en todo aquello que no se encuentre previsto en este Título (*se refiere al Título III*) las disposiciones contenidas en el Título II". Asimismo, el artículo 73 del Título III señala que las sentencias se regirán por lo dispuesto en los artículos 41, 43, 44 y 45. *Cursivas mías*.

Esta determinación que hace la ley tiene el propósito de salvaguardar la coherencia que debe existir en el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por tanto, será indispensable que la SCJN, siempre que ello sea necesario, precise cuáles son los preceptos a los que se extenderán los efectos de la sentencia estimatoria; "V. Los puntos resolutiveos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales, actos u omisiones impugnados y, en su caso, la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen", y "VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación".

Ahora bien, debido a que en controversias constitucionales es posible impugnar normas generales, actos u omisiones, los efectos de las sentencias varían según el objeto sometido a control. Así, de acuerdo con el artículo 105 constitucional, fracción I, las sentencias emitidas sobre normas generales "tendrá[n] efectos generales cuando hubiere[n] sido aprobada[s] por una mayoría de por lo menos ocho votos", pero siempre y cuando "las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación; de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas".

También, las controversias que se susciten entre "el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente", "dos Poderes de una misma entidad federativa", "dos órganos constitucionales autónomos de una entidad federativa, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo de esa entidad federativa" y "dos órganos constitucionales autónomos federales, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión". Por tanto, en todos los demás supuestos que se susciten entre entidad, poder u órgano del Estado las resoluciones tendrán sólo efectos entre las partes en la respectiva controversia.

Entonces, existe una asimetría en los efectos de las sentencias en las cuales se declara la invalidez de normas generales, pues éstos varían según la votación, así como los órganos u órdenes jurídicos que son parte de la correspondiente controversia.¹⁶ Cualquier votación menor a ocho votos ocasiona la desestimación del concepto de invalidez. Si un nivel competencial superior somete a control normas generales de un nivel competencial inferior, los efectos de la sentencia serán generales si se obtiene una mayoría de cuando menos ocho votos; lo mismo ocurre cuando se impugnan normas generales entre el Poder Ejecutivo y Legislativo federales, así como entre los tres poderes de las entidades federativas.

En cambio, si un nivel competencial inferior es el que presenta la demanda en contra de un nivel superior, la sentencia tendrá efectos *inter partes* aunque haya sido aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos.¹⁷

Respecto a las sentencias que declaran la invalidez de actos, únicamente se requiere una mayoría simple, es decir, tres votos, si la controversia se radicó en alguna de las dos Salas de la Suprema Corte, o seis votos, si la controversia se radicó en el Pleno.

En cuanto a los efectos de las sentencias en acciones de inconstitucionalidad, el mismo artículo 105 constitucional, pero en la fracción II, establece que las resoluciones de la Suprema Corte "sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos".

¹⁶ Cfr. las jurisprudencias P.J. 9/99, "Controversias constitucionales. Los efectos generales de la declaración de invalidez de normas generales dependen de la categoría de las partes actora y demandada" y P.J. 76/2006, "Controversia constitucional. Efectos de la sentencia dictada en esta vía cuando la Federación haya impugnado una norma general del Distrito Federal".

¹⁷ A esta asimetría se ha referido Rivera León, Mauro Arturo, "Controversia constitucional (alcances y efectos de las sentencias)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional...*, cit., pp. 410-411, quien considera los efectos de las impugnaciones absolutamente asimétricos.

En términos muy similares a los de la Constitución se pronuncia el artículo 72 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, sólo que éste agrega que, si las resoluciones de la Suprema Corte "no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto". Además, se agrega que, si con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria de inconstitucionalidad se aplicara la norma general declarada inválida, el afectado podrá denunciar dicho acto de acuerdo con el procedimiento correspondiente previsto en la Ley de Amparo.

Mientras que, como ya se indicó, el numeral 43 de la misma Ley señala que "las razones que justifiquen las decisiones de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias".

En cuanto a los efectos en el tiempo, el propio artículo 105 constitucional señala como regla la imposibilidad de otorgar efectos retroactivos a las sentencias de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. No obstante, sólo en acciones de inconstitucionalidad se podrá dar efectos retroactivos a las sentencias cuando la declaración correspondiente sea de una ley en materia penal y siempre y cuando esa invalidez normativa sea en beneficio de la persona privada de la libertad.

C. Sentencias constitucionales atípicas. Su estudio de acuerdo con las características propias del sistema mexicano de control de constitucionalidad

3.1. Consideraciones terminológicas

Con el término "sentencias atípicas" se hace referencia a las decisiones en las cuales la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos

márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de tales límites y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas.¹⁸ También se ha entendido que, mediante estas sentencias, la Magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, y a la vez eviten el vacío normativo.¹⁹

Hay quienes han utilizado este término para aludir a las diversas técnicas que modulan, de alguna forma, la declaración pura y simple de inconstitucionalidad.²⁰ No ha faltado quien se refiere a estas sentencias para señalar que dichos fallos tratan de resolver, en la medida de lo posible, la validez del aparato normativo inferior a la Constitución; según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la Ley Suprema, o bien, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde o no con la Constitución. Entre dichas alternativas debe preferirse la del primer grupo.²¹

También se ha incluido dentro de esta tipología de sentencias las que implican una retroactividad atemperada, es decir, a los fallos que, si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adoptan una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la

¹⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 127 y ss.; Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, IMDPC, 2011.

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, pp. 254 y ss.

²⁰ Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, pp. 364 y ss.

²¹ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4a. ed., tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 40 y ss.; también se ha referido a este tipo de pronunciamientos bajo el término "sentencias atípicas" en el artículo titulado "Las sentencias constitucionales exhortativas", en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 4, núm. 2, noviembre de 2006, p. 191.

Constitución, pero no lo expresan formalmente; asimismo se ha incluido a otro tipo de sentencias, como las *exhortativas* y *normativas*, que realizan una creciente labor creadora de normas.²²

Lo que interesa señalar aquí, con independencia de la utilidad teórica que cada una de dichas propuestas pueda tener, es que al tomar en consideración las características que se repiten como esenciales en este tipo de pronunciamientos, se empleará la denominación *sentencias atípicas* para hacer referencia a aquellas sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes de las consideradas típicas, básicas o elementales; aunque, tras hacer una concretización más acuciosa del término, esta denominación sirve para reflejar también que la mencionada serie de sentencias, por lo regular, no tiene una base legal explícita.²³

En conexión con lo dicho en el párrafo anterior, debe advertirse que una de las ventajas del término *sentencias atípicas* es que con él es posible incluir —entre muchas otras— sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional *determina* qué significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse; *modifica* el contenido normativo de la disposición impugnada (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que ésta sea acorde con la Ley Fundamental; *recomienda* al legislador las adecuaciones que debe realizar para que la norma secundaria sea reputada como conforme con la Constitución; *armoniza* los elementos (disposiciones constitucionales y secundarias) que confluyen en un sistema jurídico y *declara* la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero *no lo expulsa* definitivamente del ordenamiento jurídico.²⁴

²² Escobar Fornos, Iván, "Las sentencias constitucionales", en *Estudios Jurídicos*, tomo I, Managua, Hispamer, 2008, pp. 485 y ss.

²³ Esta misma acepción de sentencias atípicas es empleada por Caamaño Domínguez, Francisco y AA.VV., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw-Hill, 2000, p. 72, para referirse a aquellas modalidades cuya existencia no está prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

²⁴ Todas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que con ellas los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas incorporan algo

III.2. Las sentencias constitucionales atípicas de la Suprema Corte. Especial análisis de aquellas recaídas en el control de constitucionalidad de las leyes

El análisis de los fundamentos, características, funcionamiento y efectos de las *sentencias atípicas* en el sistema jurídico mexicano se realizará a partir del estudio de las fuentes normativas y de la construcción teórica (jurisprudencial y doctrinal) para después arribar a la exploración de las sentencias de la SCJN. Será en esta parte del estudio en la cual se establecerá la clasificación y tipología de las diversas categorías de *sentencias atípicas* que ha empleado la Suprema Corte. Con ello se busca, además de realizar un trabajo clasificatorio de estas sentencias, examinar sus características más definitorias en México.

Pero antes de realizar la ordenación de esa variada tipología de sentencias constitucionales "atípicas" que emite la SCJN, se examina cuál es la configuración que en el sistema jurídico mexicano se hace de los tres principios que sirven para justificar el uso de las *sentencias atípicas*: el principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, el de conservación de las normas y el de presunción de constitucionalidad de la ley. Estos principios no son simples dogmas, sino que han encontrado en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación importantes implicaciones prácticas. De igual forma conviene indicar que en diversas ocasiones los tres principios se suelen combinar (o confundir); ello se debe, quizás, a la estrecha relación existente entre uno y otro.

3.2.1. Principios que justifican el empleo de sentencias atípicas

Antes de entrar en el análisis de las sentencias atípicas, es imprescindible estudiar la justificación de que se recurra a este tipo de decisiones. Así,

"nuevo" a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia.

los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas han ido estableciendo, mediante su jurisprudencia, el fundamento y, al tiempo, la legitimidad del uso de este tipo de modalidades sentenciadoras.²⁵

En la misma línea, un significativo sector de la academia ha dedicado una particular atención al estudio de los argumentos que justifican el uso de las sentencias atípicas. Así se han destacado dos clases de motivos en los cuales se fundamentan este tipo de decisiones. La primera clase está representada por las denominadas razones "constitucionales", como el carácter abierto de las cláusulas constitucionales, la obligación de interpretar el ordenamiento conforme a la Constitución, la observancia del principio pluralista y el respeto al legislador democrático, que conducen a la presunción de constitucionalidad de la ley salvo muy fuerte prueba en contrario. La segunda clase se apoya en las denominadas razones "ordinamentales", referidas a la seguridad jurídica y al "horror al vacío"

²⁵ A título de ejemplo, la Corte Constitucional italiana ha justificado las sentencias atípicas básicamente en tres afirmaciones de principio. En primer lugar, ha reivindicado para sí la tarea de proceder autónomamente para la interpretación de las leyes ordinarias, y no sólo de la Constitución. En segundo lugar, ha destacado la oportunidad jurídica y política de evitar, en lo posible, la eliminación definitiva de disposiciones legislativas, y de este modo eludir las grandes consecuencias que el vacío puede producir. En tercer lugar, ha puesto en realce que, si la Corte estuviera obligada a seguir la interpretación propuesta por el Juez ordinario, y si esta interpretación fuera equivocada o infundada, la Corte se vería obligada a hacer caer disposiciones perfectamente legítimas, con lo que perturbaría así el orden constitucional, que por el contrario quiere garantizarse (*Cfr.* Monteleone, Girolamo, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Padua, Cedam, 1984, pp. 110 y ss.). Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el fundamento principal de este tipo de decisiones es el principio de conservación de la ley y la exigencia de interpretación conforme a la Constitución (STC 341/1993, del 18 de noviembre, fundamento jurídico 2). De igual manera ha afirmado que este tipo de sentencias son un medio "para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de primacía de la Constitución"; por lo que las sentencias interpretativas son "en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso" (STC 5/1981, del 13 de febrero, fundamento jurídico 6). Y la Corte Constitucional colombiana ha justificado el uso de las sentencias interpretativas, con la afirmación de que "en gracia del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución y de la expedición de las sentencias interpretativas se logra maximizar la eficacia de la actuación estatal y al mismo tiempo se consagra una presunción en favor de la legalidad democrática" (sentencia C-070 de 1996, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz). Y en otro momento, la Corte justificó su uso y destacó que "en vigencia del principio de conservación del derecho se busca la total concordancia del precepto objeto de interpretación con el ordenamiento constitucional, a favor de una plena vigencia del principio de igualdad, el respeto a los derechos fundamentales y la supremacía normativa jerárquica del Estatuto Fundamental" (sentencia C-478 de 1999, Magistrada ponente Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

existente en todo ordenamiento, lo que implica evitar, en la medida de lo posible, la producción de lagunas.²⁶

En consecuencia, en las siguientes páginas se realiza un estudio panorámico de estos tres principios empleados por la Suprema Corte mexicana.

En México, el principio de interpretación conforme se está convirtiendo en un parámetro indispensable y necesario para determinar la validez, eficacia y funcionalidad de las diversas normas generales que integran el sistema normativo del país.²⁷ Esto es, cuando en alguno de los procedimientos de control de constitucionalidad se está valorando la regularidad constitucional de una norma secundaria, lo que la justicia constitucional prefiere —siempre que las circunstancias lo permitan y

²⁶ A título meramente ejemplificativo véanse, entre muchos otros, Aragón Reyes, Manuel, "El sistema español de Justicia Constitucional", en Aragón Reyes, Manuel y Solozábal Echavarría, Juan José, *Materiales de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Carperi, 1994, p. 614. En un sentido parecido puede verse Occhiocupo, Nicola, "La Corte Costituzionale come giudice di opportunità delle leggi", en Occhiocupo, Nicola (ed.), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Milán, Il Mulino, 1984, pp. 31 y 32, quien señala que los fundamentos de las sentencias interpretativas derivan de una "regla de respeto" por la voluntad del legislador o de la "presunción de constitucionalidad de la ley", o de la voluntad de "asegurar" una gradual actuación de la Constitución mediante los instrumentos legislativos existentes, con lo que se concilia de esta forma la exigencia de la uniformidad, de la coherencia del ordenamiento con la exigencia de la conformidad con la Constitución, o de la mentalidad difusa entre los juristas y Magistrados que, formados con una visión formalista del ordenamiento jurídico, temen la ausencia de una norma específica para aplicar como el peor mal; o, simplemente, de la "constatación de la indiferencia por parte del legislador" de colmar rápidamente los vacíos. También Zapata Larrain, Patricio, "Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago, año 4, núm. 2, noviembre de 2006, pp. 179 y ss., al referirse a las razones que avalan el uso de las sentencias interpretativas, ha hecho una diferencia entre razones teóricas y razones prácticas. Para el caso mexicano véase Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas...*, op. cit., pp. 184-1973.

²⁷ En palabras de Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, op. cit., p. 70, "La Suprema Corte de Justicia realiza de manera consciente una interpretación conforme [...] sea de manera parcial o total, para salvar la constitucionalidad de las normas impugnadas, evitando que la norma general se declare inválida así sea para el caso particular, debido a que admite una posible interpretación en consonancia con valores, principios y normas de la Constitución". También Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., "Tipología de las sentencias constitucionales que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Corzo Sosa, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2009, pp. 241-242, hace alusión a la interpretación conforme; mas realiza su análisis como técnica —como un tipo de sentencia constitucional— y no como principio hermenéutico.

con el objeto de evitar las consecuencias que genera la declaración de inconstitucionalidad— es extraer de la disposición impugnada el contenido que más correspondencia tenga con la Constitución.

En relación con esta forma de interpretar y aplicar el derecho, la SCJN ha expresado que la unidad del orden jurídico nacional "se preserva tanto en el caso de declarar la invalidez de una norma legal, como en el de interpretarla conforme a la Constitución, ya que aun cuando los resultados pueden ser diametralmente diferentes, en ambos casos prevalecen los contenidos de la Constitución".²⁸

En otro momento la SCJN ha puesto énfasis en el imperioso empleo que debe existir en torno al principio de interpretación conforme. Según ella, la aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución "exige del órgano jurisdiccional optar por aquella solución de la que derive un resultado acorde con el Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe optar [...] por aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico".²⁹

Con otras palabras, cuando una disposición normativa "admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Constitución, siempre que sea posible, este órgano de control optará por adoptar o acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, pues de esta manera este Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete, admite o acepta el método

²⁸ *Cfr.* Tesis aislada P.IV/2008, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXVII, correspondiente a febrero de 2008, p. 1343.

²⁹ Tesis 2ª./J. 176/2010, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXXII, correspondiente a diciembre de 2010, p. 646.

de interpretar conforme a la Constitución que conduce a declarar la validez constitucional de la norma impugnada".³⁰

Ahora bien, del contenido de las tesis (jurisprudenciales y aisladas) antes citadas se desprenden interesantes consecuencias. En ellas se faculta a la justicia constitucional mexicana no sólo para decidir si una norma legal vulnera o no el texto constitucional, sino también para interpretar las normas generales con el fin de pronunciarse acerca de cuál es la interpretación constitucionalmente admisible. Pero además se reconoce fehacientemente que, cuando las circunstancias lo permitan, al utilizar el principio de interpretación conforme a la Constitución, se instaure también como uno de sus criterios importantes el otro de los fundamentos de las sentencias interpretativas en general, esto es, el principio de conservación del Derecho, que se hace efectivo mediante el criterio de la presunción de constitucionalidad de la ley, tal y como se señala enseguida.

El análisis del principio de conservación del Derecho se hará de manera conjunta con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley que es respaldado por aquél.

En el ordenamiento jurídico mexicano existen dos disposiciones en las cuales se sustenta el principio de conservación de las normas, con base

³⁰ En reiteradas ocasiones la SCJN se ha referido al principio de interpretación conforme a la Constitución. A manera de ejemplo se citan la Tesis Jurisprudencial P./J. 45/95, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo II, correspondiente a diciembre de 1995, p. 41; la Tesis jurisprudencial P./J. 38/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XVI, correspondiente a agosto de 2002, p. 5; la Tesis aislada 1a. CCXIV/2013 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Décima Época, tomo I, libro XXII, correspondiente a julio de 2013, p. 556; la Tesis aislada 1a. CCCXL/2013 (10a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Décima Época, tomo I, libro 1, correspondiente a diciembre de 2013, p. 530; la Tesis aislada P. II/2017 (10a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Décima Época, tomo I, libro 42, correspondiente a mayo de 2017, p. 161; la Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 37/2017 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Décima Época, tomo I, libro 42, correspondiente a mayo del 2017, p. 239; la Tesis de jurisprudencia 2a./J. 17/2021 (11a.) de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Undécima Época, tomo II, libro 7, correspondiente a noviembre de 2021, p. 1757; la Tesis aislada 1a. XXII/2022 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Undécima Época, tomo V, libro 14, correspondiente a junio de 2022, p. 4649.

en la premisa de que esas normas generales cuentan con la presunción de constitucionalidad. En primer lugar, la disposición que sustenta el principio de supremacía constitucional e impone la obligación de que las normas secundarias deben ser conformes con la Norma Suprema (artículo 133 constitucional). En segundo lugar, la disposición que exige la obligación a todo funcionario público de actuar en consonancia con la Ley Suprema (artículo 128 constitucional).

Por tal motivo, la obligación impuesta en esos dos artículos, trasladada al campo de la creación del Derecho, implica que toda disposición normativa infraconstitucional aprobada por el legislador, independientemente de su categoría especial (ley general, ley federal, ley local o ley reglamentaria, entre otras), debe estar acorde con los contenidos de la Constitución, circunstancia que se traduce en una limitación jurídica de la actividad de los Poderes Legislativos ordinarios.

Con fundamento en esta idea, se supone que el legislador, al expedir las leyes, lo hace con estricto apego a la Constitución, y que la inconstitucionalidad de la disposición normativa, en caso de que la misma exista, debe ser demostrada de manera contundente, *en atención a la presunción de constitucionalidad con que cuenta toda disposición emanada de un cuerpo legislativo*.³¹ Luego entonces, el ordenamiento jurídico exige que las decisiones de los órganos jurisdiccionales, en especial de la Suprema Corte al conocer de un juicio de constitucionalidad, deben tener como una de sus premisas garantizar "el principio democrático del Estado mexicano",³² puesto que las disposiciones sometidas a control *gozan de legitimidad democrática, al provenir de un procedimiento seguido por un Poder en el que se encuentran representadas las mayorías y también las minorías*.³³

³¹ Sentencia del 29 de septiembre de 2005, recaída en la acción de inconstitucionalidad 6/2005, considerando Quinto.

³² Cfr. Palacios Alcocer, Mariano y Castellanos Madrazo, J. Francisco, "Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 765.

³³ Sentencia del 28 de febrero de 2006, recaída en la acción de inconstitucionalidad 36/2005, considerando Quinto.

Un factor importante que puede determinar la pretensión de conservar el Derecho, así como la fuerza de la presunción de constitucionalidad, es la mayoría que en el seno del Tribunal Constitucional se requiere para declarar inconstitucional una norma general. A mayor número de votos exigidos para declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, es más fuerte el grado de presunción de constitucionalidad que se le otorga a la ley.³⁴ Por el contrario, a menor número de votos, será más débil la fuerza de esa presunción de constitucionalidad.³⁵

Desde esta perspectiva, en el sistema jurídico mexicano se ha institucionalizado una fuerte presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas que son sometidas a control. Ello se desprende de la regla contenida en el artículo 105 constitucional, fracción I, penúltimo párrafo, y fracción II, último párrafo, así como del artículo 72 de la Ley Reglamentaria, que en su conjunto establecen que para declarar la inconstitucionalidad de una norma, concretamente, se requiere del voto favorable de cuando menos ocho Ministros de la Suprema Corte de Justicia, de un total de once integrantes del Pleno. En otras palabras, para declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada no es suficiente una mayoría simple, sino que es necesaria una mayoría cualificada o reforzada, según sea el caso.³⁶ Esto es, en el supuesto de que se encuentren presentes los once

³⁴ Se ha otorgado una fuerte presunción de constitucionalidad de los productos legislativos en Bulgaria, Eslovaquia o Lituania, al exigirse mayorías cualificadas o absolutas (en el país báltico esa mayoría absoluta alude a los Magistrados presentes). En Rusia y Ucrania existen determinadas competencias que por su trascendencia deben ser votadas por mayorías cualificadas para salir adelante. Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *La Justicia Constitucional europea...*, op. cit., p. 54. En Perú (art. 4, inciso 2º, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) también se exige una mayoría calificada (cinco votos de un total siete) para declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales.

³⁵ Verbigracia, en España se ha configurado una presunción moderada. Ello se hace patente en la regla con la que en el seno del Tribunal Constitucional se decide acerca de la constitucionalidad de una disposición de conformidad con una mayoría simple de sus miembros. Algo parecido ocurre con las decisiones de la Corte Constitucional colombiana (art. 14 del Decreto 2067 de 1991) y del Tribunal Constitucional boliviano (art. 47 de la Ley N° 1836 del 1 de abril de 1998) que se adoptarán por la mayoría de sus miembros.

³⁶ Este tipo de mayorías cualificadas o reforzadas ha sido objeto de críticas de la doctrina mexicana, con lo que se ha llegado a proponer que seis de once votos (mayoría simple) deberían ser suficientes para declarar la inconstitucionalidad de una disposición normativa. En ese sentido, Lujambio Irazábal, Alonso, "Una aproximación desde la ciencia política", en *Reformas al Poder Judicial*, México, UNAM, 1995, pp. 175-177 y Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucio-*

Ministros que componen el Pleno de la Suprema Corte, se requerirá una votación reforzada de cuando menos un 72 % de sus integrantes.

En el caso de que solo estén presentes ocho de los once Ministros, lo cual es permitido a efecto de dictar una sentencia, por ejemplo, en un proceso de acción de inconstitucionalidad (artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación),³⁷ se requerirá una votación unánime del Pleno para que prospere la declaración de inconstitucionalidad de la disposición normativa enjuiciada. En este supuesto "aunque en términos absolutos el número de Ministros que han de votar favorablemente a la declaración de inconstitucionalidad es siempre el mismo (ocho); sin embargo, en términos relativos (es decir, proporcionalmente) la mayoría exigida se refuerza, o incrementa, a medida que son menos los Ministros presentes".³⁸

Por último, cuando en un sistema jurídico se requiere de mayorías cualificadas o reforzadas para declarar inconstitucional una ley, indirectamente se está propiciando la utilización, por los Tribunales Constitucionales, de sentencias de tipo interpretativo. Así, por ejemplo, cuando las decisiones de los Ministros de la Suprema Corte no alcanzan el número

nalidad, *op. cit.*, p. 341. También ha habido planteamientos que proponen mayorías ligeramente menos calificadas que la actual, al establecer que la mayoría exigida para declarar inconstitucional una ley debería ser de siete Ministros de un total de once. *Cfr.* Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, mayo-agosto de 1995, pp. 834 y 838; Estrada Sámano, José Antonio, "Inconstitucionalidad de las leyes en la reforma judicial", en *Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho*, núm. 19, año 19, México, 1995, p. 425. Inclusive ha habido propuestas que indican que cuando seis o siete Ministros votaran a favor de la declaración de inconstitucionalidad, la Ley debería otorgarle a tal votación, por lo menos, el carácter de recomendación para el órgano que aprobó la norma impugnada, Fix-Fierro, Héctor, "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", en *La reforma constitucional en México y Argentina*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 19, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/Corte de Constitucionalidad de Guatemala/Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, 1996.

³⁷ Artículo 4º: "El Pleno se compondrá de once Ministros, pero bastará la presencia de siete miembros para que pueda funcionar, con excepción de los casos previstos en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción I penúltimo párrafo y fracción II, en los que se requerirá la presencia de al menos ocho Ministros".

³⁸ Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, p. 341.

de votos necesarios para declarar inconstitucional una disposición normativa en su integridad, siempre tienen la opción de encontrar una solución intermedia que, por un lado, salve la constitucionalidad de la disposición enjuiciada en alguno o algunos de sus sentidos, y, por el otro, declare la inconstitucionalidad sólo de alguna o algunas de las normas que se desprenden de dicha disposición, vía interpretación.

La Suprema Corte, sobre todo en los últimos años, ha visto la necesidad de conservar el Derecho a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, evitar el surgimiento de vacíos normativos en el ordenamiento jurídico. Para ello, ha dado a entender su deferencia hacia los productos legislativos y ha consagrado en sus tesis jurisprudenciales y tesis aisladas que la interpretación de una norma general objeto de análisis dentro de un medio de control constitucional debe partir de la premisa de que "las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad que es preciso desvirtuar, en razón de la legitimidad de los órganos que la emiten".³⁹

En relación con este mismo argumento, el máximo intérprete de la Constitución mexicana en varias ocasiones ha enfatizado que la interpretación de una norma general "debe partir de la premisa de que cuenta con la presunción de constitucionalidad". Y más adelante manifiesta que "en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacer un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez de una norma, por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional, frente al peso derivado de que la disposición cuestionada es producto del ejercicio de las atribuciones del legislador y puede ser objeto de una interpretación que la haga

³⁹ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 121/2005, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, correspondiente a septiembre de 2005, p. 143. En similares términos ya se había pronunciado la Suprema Corte en la Tesis Aislada P.XII/96, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo III, correspondiente a febrero de 1996, p. 135.

acorde con los contenidos de la Ley Suprema, debiendo prevalecer el que otorgue un mejor resultado para lograr la observancia del orden dispuesto por el Constituyente y el Órgano reformador de nuestra Norma Suprema".⁴⁰

La utilización del criterio de presunción de constitucionalidad no sólo se extiende a favor de las leyes en sentido estricto, sino que es una característica que se amplía para todas las normas jurídicas generales, abstractas e impersonales que integran el ordenamiento jurídico mexicano. Así lo ha establecido la propia Corte al manifestar que "todo reglamento tiene la presunción de constitucionalidad que sólo puede ser desvirtuada si la Suprema Corte, en jurisprudencia, lo ha definido como inconstitucional".⁴¹ Ello debe ser así, toda vez que "restringir la presunción de constitucionalidad sólo a las disposiciones legislativas implicaría no sólo desconocer la naturaleza sistemática y funcional del Derecho, sino también limitar sin fundamento el alcance y la finalidad natural que se persigue con el empleo de dicho principio".⁴²

En la práctica, cuando las circunstancias lo han permitido y cuando ello se ha considerado conveniente, la Suprema Corte ha acordado eliminar sólo

⁴⁰ Tesis Aislada P. IV/2008, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXVII, correspondiente a febrero de 2008, p. 1343. Otras tesis en las que, durante la Décima y Undécima Épocas, la Suprema Corte ha hecho alusión a este principio son: la Tesis aislada 1a. CCCLIX/2013 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, tomo I, libro 1, correspondiente a diciembre de 2013, p. 511; Tesis de jurisprudencia 1a./J. 4/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Décima Época, tomo I, libro 27, correspondiente a febrero de 2016, p. 430; la Tesis aislada 1a. XXII/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, tomo I, libro 27, correspondiente a febrero de 2016, p. 667; la Tesis de jurisprudencia 2a./J. 3/2016 (10a.) de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Décima Época, tomo I, libro 27, correspondiente a febrero de 2016, p. 947; la Tesis de jurisprudencia 1a./J. 20/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *GSJF*, Décima Época, tomo II, libro 30, correspondiente a mayo de 2016, p. 923.

⁴¹ Tesis Aislada 3ª.XLV/93, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Octava Época, tomo XII, correspondiente a septiembre de 1993, p. 35.

⁴² Tesis S3EL 009/2005, de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, publicada en la *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, p. 561. Esta tesis es producto de la sentencia recaída en el Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, SUP-JDC-803/2002, del 7 de mayo de 2004, unanimidad de votos, ponente: José de Jesús Orozco Henríquez.

"porciones normativas". La causa de este proceder se sustenta en que el intérprete supremo de la Constitución considera que debe buscar una adecuación de la disposición impugnada con la Ley Fundamental y eliminar sólo aquellas porciones que estén en franca y evidente contradicción con los preceptos constitucionales, a efecto de salvar el máximo de aquello que el legislador ha querido. Al partir de ese argumento, cuando la Corte conoce de un juicio de control de constitucionalidad ha entendido que "debe evitar generar una situación de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica, que la ocasionada por las normas impugnadas [...]. De ahí que para hacer efectivo el principio de conservación del Derecho, y el criterio de presunción de constitucionalidad de las disposiciones infraconstitucionales, "sea una práctica reiterada expulsar únicamente las porciones normativas que el Tribunal determina inconstitucionales, en orden a no afectar las porciones no impugnadas o aquellas que carecen de vicios de inconstitucionalidad".⁴³

Esto es así, toda vez que la Suprema Corte sólo procede a declarar la inconstitucionalidad total de una disposición normativa en los casos en los cuales "las normas impugnadas conformen un sistema normativo integral, en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, puesto que, en tal caso, es posible que la expulsión de una sola de las porciones relevantes del sistema lo desconfigure de manera terminante o lo rediseñe, creándose uno nuevo por propia autoridad jurisdiccional, lo que implicaría una mayor intervención del Tribunal en la lógica del ordenamiento jurídico controvertido, generando el riesgo de intersección de las facultades del Tribunal Constitucional con las que corresponden exclusivamente a otros poderes públicos".⁴⁴

Pero, como se verá más adelante, estas buenas intenciones de la Corte no siempre son sencillas de llevar a la práctica, por lo cual puede acontecer

⁴³ Sentencia del 7 de diciembre de 2006 (considerando Vigésimo Segundo), recaída en la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006, publicada en el *DOF* el 26 de diciembre de 2006.

⁴⁴ Tesis jurisprudencial P./J. 85/2007, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXVI, correspondiente a diciembre de 2007, p. 849.

que en algunos casos se den flagrantes invasiones en esferas de actividad que en absoluto le corresponden.

En congruencia con el deber de salvar hasta donde sea posible la constitucionalidad de las disposiciones normativas infraconstitucionales, la Suprema Corte ha utilizado algunas modalidades sentenciadoras que buscan, precisamente, ese fin. A veces lo ha hecho declarando la inconstitucionalidad parcial, y no total, del texto de la disposición; otras veces, declarando únicamente el carácter contrario a la Constitución de parte del contenido normativo derivado de la disposición, determinado cuáles interpretaciones son asumidas como constitucionales y cuáles no lo son. En otras ocasiones, haciendo una recomendación al legislador para que legisle o repare la inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial. O, incluso, declarando la inconstitucionalidad del precepto y su inaplicabilidad en el supuesto o supuestos que la misma Corte establece, pero no así su invalidez.

3.2.2. Consideraciones preliminares sobre la clasificación y tipología de las sentencias atípicas

El análisis de estas sentencias de la Suprema Corte y su correspondiente clasificación permitirá dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles sentencias atípicas han sido utilizadas por la SCJN? ¿Qué peculiaridades tienen en el sistema jurídico mexicano? *Y por último*, ¿la SCJN ha empleado alguna modalidad sentenciadora que pueda ser considerada como propia o peculiar del sistema de justicia constitucional mexicano?

Para desarrollar la clasificación de las sentencias de la SCJN se sigue una estructura que las ordenará en cuatro grandes grupos: a) Sentencias interpretativas en sentido estricto; b) sentencias manipulativas; c) sentencias estimatorias monitorias, y d) otro tipo de sentencias atípicas. Y dentro de cada clase se identificarán los correspondientes tipos de sentencias.

Pero antes de emprender el análisis apenas anunciado, conviene señalar algunas consideraciones preliminares.

No siempre es fácil determinar cuándo la SCJN ha utilizado alguna de las modalidades sentenciadoras atípicas en el momento de emitir sus resoluciones, pues no es común que, explícitamente, en alguno de los puntos resolutivos del fallo se establezca cuál es la interpretación constitucionalmente admisible o cuáles son las que se deben descartar por inconstitucionales.

Ante este panorama, la metodología que se ha elegido para saber cuándo la SCJN ha emitido alguna *sentencia atípica* ha sido descartar, en un primer momento, aquellos pronunciamientos que declarasen improcedente la demanda, así como aquellos fallos que únicamente contuviesen pronunciamientos de desestimación pura o simple, o de estimación total con respecto al texto de la disposición o de las disposiciones impugnadas (de tal forma que en ellos se declarase la inconstitucionalidad y, consecuentemente, también la invalidez o inaplicación de la disposición cuestionada). En segundo lugar, verificada la ausencia de tales pronunciamientos, se ha constatado la existencia de fórmulas tales como "se declara la constitucionalidad y validez del precepto", o "se declara la inconstitucionalidad e invalidez del precepto en la parte que...". Estas últimas expresiones sirven de parámetro para decidir entrar ya en el estudio de cada uno de los considerandos de las sentencias.

Con el empleo de esta metodología de analizar los considerandos de la sentencia se logró encontrar, sobre todo, algunos de los pronunciamientos interpretativos que hubiera sido imposible detectar de una simple lectura del fallo.

Para el análisis de las sentencias atípicas se seguirá una exposición que irá enlazando lo estipulado por la legislación, la jurisprudencia y, como no podía ser de otra forma, la doctrina constitucional. A su vez, se establecerán las características de los diversos tipos de sentencias atípicas y,

dentro de cada una de esas modalidades, se introducirán algunos ejemplos que coadyuven a explicar mejor el funcionamiento de cada una de las sentencias estudiadas.

3.2.3. Modalidades sentenciadoras atípicas de la Suprema Corte mexicana

a. Sentencias interpretativas en sentido estricto

En cierto modo, todas las sentencias que pronuncia la SCJN al controlar la constitucionalidad de la ley son interpretativas, pues resulta imprescindible que al resolver el juicio de constitucionalidad realice una interpretación tanto del contenido del precepto sometido a control como de la Constitución, según la cual dicha ley ha de ser medida. Sin embargo, al referirme a las sentencias interpretativas de la SCJN, lo hago desde una perspectiva más precisa, es decir, en estas sentencias la interpretación desempeña un papel particular y determinante, por lo cual no constituye un simple motivo, sino que forma parte de la decisión, como elemento constitutivo y condicionante de la misma.⁴⁵

De conformidad con lo expuesto, en estas sentencias el término "interpretación" no es adaptado, en sentido instrumental, al resultado, sino con relación a la solución adoptada por la Corte (*interpretación como objeto* de la decisión), que en realidad efectúa el juicio no sobre el texto legislativo, sino mediante una abstracción lógica que permite identificar las diversas hipótesis normativas presentes en las disposiciones, y salvar así la integridad material de éstas con la eliminación de los contenidos considerados inconstitucionales.⁴⁶

⁴⁵ A esta perspectiva, aplicada a las sentencias de la Corte Constitucional italiana, se refería hace tiempo Crizafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. II, 5a. ed., Padua, Cedam, 1984, p. 398.

⁴⁶ Sobre este argumento véase Vignudelli, Aljs, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia "normativa" delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1988, p. 62, quien realiza un interesante análisis de las sentencias de la Corte Constitucional italiana.

Con este tipo de sentencias se hace patente que la Suprema Corte se pronuncia acerca de disposiciones pero juzga sobre normas, lo cual supone que en el considerando y/o en los puntos resolutivos se declara la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo de la disposición.

Estas sentencias son denominadas por la propia SCJN como *de interpretación conforme*. No obstante, es más conveniente referirse a ellas como *sentencias interpretativas en sentido estricto*, ya que este término es más adecuado para englobar no sólo las sentencias que eligen la interpretación conforme con la Constitución —como parece dar a entender el término de la Suprema Corte—, sino también aquéllas que determinan cuál o cuáles interpretaciones quedan descartadas por ser reputadas como inconstitucionales.

La anterior precisión es determinante para encuadrar dentro de esta modalidad sentenciadora algunos de los pronunciamientos interpretativos desestimatorios y estimatorios de la SCJN. Por ejemplo, se han pronunciado sentencias de este tipo cuando la Corte ha señalado el sentido derivado de la disposición acorde con la Constitución, o bien, el sentido en el que no debe ser interpretada la disposición por ser contrario a la Norma Suprema.

Estas sentencias que invalidan sólo alguna o algunas de las interpretaciones derivadas de la disposición impugnada permiten que la misma, al seguir formando parte del ordenamiento jurídico, pueda volver a ser sometida a control. Cabe señalar que, aunque el planteamiento deja de tener el carácter de propiamente constitucional, pues la nueva impugnación se convierte en una cuestión de mera legalidad y con este nuevo planteamiento ya no se busca que el órgano competente determine si la ley es contraria o no a la Constitución, sino más bien si la autoridad responsable la interpretó y aplicó adecuadamente.⁴⁷

⁴⁷ Este planteamiento se puede llevar a cabo mediante los diversos mecanismos de control constitucional.

Con independencia de las innegables ventajas que este tipo de pronunciamientos puedan tener en el sistema mexicano, no se debe omitir que el empleo de esta técnica jurisprudencial ocasiona cierta inseguridad jurídica, pues no es raro encontrar casos en los cuales el legislador y las autoridades administrativas desconocen las interpretaciones (normas) declaradas inconstitucionales y siguen aplicando sin ningún matiz la respectiva disposición en su conjunto. Tampoco es extraño que los Magistrados o Jueces, al momento de aplicar el Derecho, no sepan si la disposición que necesitan para su argumentación ha sido declarada constitucional o inconstitucional por el Alto Tribunal del país.

1. Sentencias interpretativas desestimatorias

Las sentencias de la Suprema Corte deben optar por una solución acorde con el texto constitucional, de tal modo que, cuando una disposición admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales pueden conducir a declarar su oposición a la Constitución, siempre que sea posible, acogerá aquella o aquellas que hagan a la norma impugnada compatible con la Norma Suprema.⁴⁸

Con este concepto se sientan las bases del uso de las sentencias interpretativas de desestimación por el máximo intérprete de la Constitución mexicana; también se establece que las sentencias que dicte la Suprema Corte, siempre que las circunstancias lo permitan, elegirán desestimar la pretensión de inconstitucionalidad y declararán la validez del precepto interpretado en el sentido que ella establezca y, además, se asume que la desestimación será la opción preferente que adopten los pronunciamientos interpretativos.

En virtud de ello las expresiones empleadas en el momento de dictar algunas sentencias interpretativas desestimatorias son las siguientes: "Es

⁴⁸ Algunas de las primeras tesis en las cuales la Suprema Corte emitió tal concepto, son: Tesis aislada P/J.73/99, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo X, correspondiente a agosto de 1999, p. 18; Tesis aislada P.IV/2008, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXVII, correspondiente a febrero de 2008, p. 1343.

válida en el sentido que... ", "se reconoce la validez del artículo [...] por las razones señaladas en el considerando [...] de esta ejecutoria", "en ese sentido el artículo [...] debe entenderse acotado a [...]". Aunque el empleo de alguna de estas expresiones no implica necesariamente que se esté utilizando alguna sentencia interpretativa desestimatoria en sentido estricto, pues hay ocasiones en las cuales, aun cuando se utiliza alguna de dichas locuciones, en realidad lo que se profiere es una sentencia reductora, aditiva, sustitutiva, entre otras.

Un ejemplo interesante de sentencia interpretativa desestimatoria se encuentra en la acción de inconstitucionalidad 27/2005 (sentencia del 9 de julio de 2007), en la cual se estableció que es posible interpretar los artículos 98 y 103 de la Ley de Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar "de conformidad con la Constitución y de esta manera evitar un vicio que podría dar lugar a declarar su inconstitucionalidad".

Y al efecto señala que "la creación del CICTCaña desarrolla el contenido del artículo 27, fracción XX, de la Constitución, en el sentido de que una medida para promover el desarrollo rural integral es el fomento de la actividad agropecuaria a través de servicios de capacitación y asistencia técnica, *por lo que* es importante su subsistencia para lo cual es necesario darle viabilidad financiera mediante las aportaciones previstas en la ley impugnada, las que no pueden ser impuestas de manera obligatoria, ya que conforme a la Constitución federal, las aportaciones de los industriales y las organizaciones nacionales cañeras para el sostenimiento del referido Centro de Investigación son totalmente voluntarias, esto es, los sectores de la agroindustria de la caña de azúcar representados en el Pleno de Comité Nacional no están legalmente obligados a realizar aportaciones al fondo para el sostenimiento del Centro de Investigación, en atención a que ésta es la interpretación constitucional del contenido del artículo 98 impugnado y del 103, ambos de la Ley de Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar".

Esta sentencia contiene un pronunciamiento complejo. En ella el Pleno de la Corte reconoce la validez constitucional de las dos disposiciones

impugnadas, pero lo hace introduciendo una escisión lógica de la cual se desprende, por un lado, que una de las normas (una de las interpretaciones), derivada de las disposiciones impugnadas, es considerada inconstitucional (la que entiende que las aportaciones son obligatorias) y, por el otro, señalando que otra de las normas (una interpretación diferente), deducida del mismo texto, es conforme con la Constitución (la que entiende que dichas aportaciones son totalmente voluntarias).

Sin embargo, no puede pasar inadvertido que sólo uno de los dos "pronunciamientos" se refleja en el fallo, mientras que el otro —precisamente el que declara la inconstitucionalidad— queda "a la sombra", ya que no aparece expreso en algún punto resolutivo del fallo. Esta es la razón por la cual se ha decidido incluir dicha sentencia en el grupo de las interpretativas desestimatorias, porque en el punto resolutivo Cuarto de la misma se reconoce la validez del precepto, haciendo una remisión explícita al considerando Octavo, que da mayor énfasis a la interpretación acorde con la Ley Suprema.

Otro ejemplo de sentencia interpretativa desestimatoria, aunque con efectos aditivos, es la sentencia pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 40/2018, publicada el 11 de octubre de 2019, mediante la cual se impugnó, entre otros, el artículo 73, fracción III de la Ley de Seguridad y Servicios Sociales para los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes, que textualmente señala:

Artículo 73. El derecho a la prestación a que se refiere el artículo anterior adquiere vigencia al darse de alta al servidor público en la entidad de su adscripción y también tendrán derecho a ella los siguientes familiares:

[...]

Los hijos del servidor público o pensionados hasta la edad de veinticinco años, si están realizando estudios de nivel medio o superior, siempre y cuando esto sea acorde a su edad, en cual-

quier rama del conocimiento en planteles del Sistema Educativo Nacional o si no pueden mantenerse por sí mismos debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico.

El Máximo Tribunal mexicano (considerando Décimo) refiere que el artículo citado, en su porción normativa "debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico", vulnera los derechos a la igualdad y no discriminación en perjuicio de las personas con discapacidad. En consecuencia, la Suprema Corte reconoce la validez del artículo bajo la interpretación en virtud de la cual dicha porción se refiere a las personas con discapacidad y ocasiona una amplitud en cuanto a su contenido normativo.⁴⁹

Las sentencias interpretativas desestimatorias de la SCJN normalmente no indican explícitamente en alguno de los puntos resolutivos del fallo cuál es la interpretación que se considera válida. Lo que a lo sumo se hace es que en alguno de los puntos resolutivos se remita a un específico considerando, para de ahí saber el sentido en que la disposición normativa es constitucional, o que en un mismo punto resolutivo se establezca la validez de varios preceptos y, enseguida, se haga una remisión a diversos considerandos para conocer las razones por las cuales la Corte considera que el precepto es válido; incluso, que en un mismo punto resolutivo se establezca que el precepto cuestionado es válido y a la vez inválido en otra de sus partes, y que, en ese resolutivo, se precise con base en cuál considerando se llegó a tal conclusión.

En íntima relación con lo expuesto, en el sistema de control de inconstitucionalidad mexicano no es un elemento indispensable que en el fallo de la sentencia se haga una remisión expresa a la interpretación constitucional, ya que, como se señaló, las razones que justifiquen las decisio-

⁴⁹ Otros ejemplos de sentencias interpretativas desestimatorias se encuentran en los siguientes asuntos: acciones de inconstitucionalidad 6/98 (sentencia del 23 de septiembre de 1998) y 5/99 (sentencia del 11 de marzo de 1999).

nes de las sentencias tienen efectos generales de manera independiente, siempre y cuando hayan sido aprobadas por un mínimo de ocho votos.

No obstante, se considera que cuando la Suprema Corte no señala específicamente en los puntos resolutivos, o bien, con una remisión precisa a alguno de los considerandos, cuál es la interpretación conforme, perjudica gravemente la certeza del Derecho y provoca inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma. Por tanto, desde el punto de vista de esa seguridad jurídica, siempre será preferible que la interpretación conforme con la Constitución se establezca de manera explícita dentro de los puntos resolutivos de la sentencia, o que, por lo menos, en tales puntos se haga una remisión precisa del considerando en el cual se señala el sentido constitucionalmente admisible.

Por otra parte, se ha constatado que no es esencial que la sentencia declare la constitucionalidad del precepto impugnado "si se interpreta" o "es interpretado" en el sentido de que la Corte considera como conforme con la Constitución, pues también se pueden tipificar dentro del grupo de las sentencias interpretativas desestimatorias aquellos pronunciamientos que reconocen el precepto como constitucional "siempre que no se interprete" en un sentido o sentidos determinados o, de manera similar, que para ser constitucional "no debe interpretarse" en el sentido (o sentidos) que la Corte considera inadecuados.

2. Sentencias interpretativas estimatorias

Estas sentencias declaran la inconstitucionalidad de una interpretación entre aquellas que derivan *alternativamente* de una disposición. Con este simple concepto, ya es posible evidenciar que dichas decisiones, aun cuando declaran explícitamente la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo del precepto impugnado, la inconstitucionalidad no afecta alguna parte textual de la disposición.

A pesar de que en el caso mexicano las sentencias interpretativas de desestimación son el supuesto normalmente utilizado cuando se emplea

alguna sentencia interpretativa en sentido estricto, ha habido algunos casos en que la Suprema Corte ha declarado la inconstitucionalidad de una de las normas (interpretaciones) que pueden derivarse *alternativamente* de una disposición y mantener la constitucionalidad de la disposición cuestionada en todo lo demás.⁵⁰

Incluso, en algunos pronunciamientos, la Suprema Corte resuelve primero que el precepto en cuestión resulta inconstitucional en uno de sus sentidos, es decir, precisa cuál es la interpretación que debe ser desechada por pugnar con los contenidos consagrados en la Constitución, y, acto seguido, determina que ese precepto debe entenderse en un determinado sentido que resulta apegado a los valores constitucionales.

Un ejemplo de las sentencias de este tipo es la acción de inconstitucionalidad 36/2005 (sentencia del 28 de febrero de 2006). En ella se impugnó el artículo Séptimo transitorio del Decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Electoral del entonces Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de fecha 19 de octubre de 2005. Dicho precepto establecía textualmente: "Las disposiciones contenidas en el artículo 151 de este Código entrarán en vigor al inicio del proceso electoral de 2009".

Ahora bien, en opinión de la Suprema Corte, antes de emitir cualquier juicio sobre si el precepto sometido a control es conforme o no con la Constitución, primero debe determinarse si los términos empleados en él permiten entenderlo de una sola forma y después verificar si ésta es acorde con la Constitución, o si de él pueden derivar dos o más sentidos, y si alguno de éstos se apega a la Norma Suprema. Por el contrario, si no fuera dable dar un sentido a las expresiones empleadas por el legislador

⁵⁰ Este tipo de sentencias interpretativas estimatorias es más admisible desde el punto de vista de la legitimidad, en tanto que la función de eliminar interpretaciones se encuentra dentro de las facultades propias de los Tribunales Constitucionales. Aunque, como se verá, existen ocasiones (se trata de las sentencias aditivas y sustitutivas) en las cuales, al eliminar una norma (o una parte textual) del precepto impugnado, se crea otra que no se deduce inicialmente de la disposición.

al redactar un precepto que no fuera contrario al tenor constitucional, el órgano de control tendría que confirmar su desapego de la Constitución y declarar su invalidez (considerando Quinto).

Una vez sentado lo anterior, la SCJN determinó que, si la expresión "disposiciones" se concibe como regla, norma o mandato, entonces el texto del Séptimo transitorio se tendría que entender referido al conjunto de reglas (disposiciones) compendiadas en el numeral 151 del Código Electoral del Distrito Federal. En ese sentido, nos encontraríamos frente a un artículo transitorio que estaría difiriendo la vigencia de todas las reglas (siete, según se desprende de la disposición) contenidas en el artículo 151 hasta 2009, dejando un periodo de *vacatio legis* de más de tres años.

Aun más, si se aceptase esta interpretación literal del precepto, se tendrían que admitir las consecuencias absurdas de suponer que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sin que mediara iniciativa alguna y sin alguna razón expuesta en el debate parlamentario, decidió modificar el ámbito de validez temporal de las reglas contenidas en el artículo 151 vigente al momento de la reforma, para restarles validez y posponerla hasta un momento en el futuro. También se tergiversaría el objeto del Decreto impugnado respecto del artículo 151, que no fue sino el de incorporar una nueva regla y no el de afectar la vigencia de las reglas en él contenidas con antelación. Pero, además, se alteraría la naturaleza transitoria del artículo impugnado, destinado a establecer las condiciones de entrada en vigor de una norma y no a reformar o modificar una norma preexistente.

Más adelante, sin embargo, la Suprema Corte determinó que la anterior interpretación netamente gramatical del artículo Séptimo transitorio no puede sostenerse, dado que la peculiar historia legislativa de ese precepto proporciona una diversa clave interpretativa que lo hace acorde con la Constitución. En orden a lo expuesto, concluyó que, rectamente interpretado, el mencionado artículo transitorio contiene una regla de tránsito exclusivamente destinada a la porción adicionada al segundo párrafo del

artículo 151, de modo tal que la prevención consistente en que: "Se prohíbe la utilización de plásticos para la elaboración de propaganda impresa por tratarse de material de lenta degradación", sólo cobrará vigencia hasta el inicio del proceso electoral de 2009.

Dicha norma transitoria que en nada alcanza a las seis reglas restantes que compendia el artículo 151, las cuales, por lo mismo, deben reputarse plenamente vigentes hasta en tanto el órgano legislativo no las modifique. Este último es el único entendimiento aceptable que la Corte reputó como constitucionalmente válido, mientras que el alusivo a que el texto del Séptimo transitorio se debería interpretar como referido al conjunto de reglas comprendidas en el numeral 151 del Código Electoral del Distrito Federal, se desechó por absurdo.⁵¹

De lo expuesto, se pueden compendiar las siguientes características en relación con las sentencias interpretativas estimatorias de la Suprema Corte mexicana. En primer lugar, en aquellas sentencias interpretativas que a la par del pronunciamiento estimatorio incluyen un pronunciamiento interpretativo de carácter desestimatorio (*doppie pronunce*), en el considerando respectivo se le otorga mayor énfasis a la declaración de constitucionalidad, ya que dicho apartado comienza diciendo que las alegaciones (o bien las razones de inconstitucionalidad) predicadas por la parte actora son infundadas, y de los correspondientes argumentos esgrimidos se deduce el pronunciamiento interpretativo estimatorio y desestimatorio.

En segundo lugar, en las sentencias que contemplan una decisión interpretativa estimatoria no suele existir un pronunciamiento formal y expreso de dicha inconstitucionalidad. En tercer lugar, los pronunciamientos interpretativos estimatorios también procuran la conservación del Derecho al dejar inalterado el texto, y a la vez salvaguardan el contenido de la Constitución al expulsar los sentidos opuestos a sus valores y principios.

⁵¹ Otras sentencias de este tipo se encuentran en las acciones de inconstitucionalidad 17/2005 (sentencia del 12 de noviembre de 2007) y 9/97 (sentencia del 11 de diciembre de 1997).

3. Efectos de las sentencias interpretativas desestimatorias y estimatorias

Retomando lo que se dijo en relación con las sentencias estimatorias y desestimatorias (epígrafe 2.2), ahora interesa identificar los principales efectos de las sentencias interpretativas desestimatorias y estimatorias, al determinarse en ellas cuál o cuáles son las interpretaciones admisibles o cuál o cuáles deben descartarse para que el precepto sea considerado constitucional. Ello, con la intención de comprender hasta dónde vincula la decisión interpretativa a los Jueces federales y de las entidades federativas.

Comenzando por las sentencias interpretativas desestimatorias, conviene precisar que, según se vio, existen algunas que contienen, junto al pronunciamiento que considera constitucional el precepto "si se interpreta" en un determinado sentido, otro que declara la inconstitucionalidad de alguna de las interpretaciones que derivan del precepto, haciéndolo a veces de forma explícita (se considera constitucional el precepto "si no se interpreta..."), o bien, de manera implícita (al determinar la interpretación que será considerada constitucional, implícitamente se consideran inconstitucionales todas las demás interpretaciones diferentes a la declarada constitucional). Este doble pronunciamiento que en ocasiones poseen las sentencias interpretativas de la Suprema Corte tiene los siguientes efectos:

Respecto a la interpretación declarada constitucional, es decir, cuando la Corte establece que la disposición es constitucional porque establece tal o cual cosa, dicha interpretación aparecerá, en lo sucesivo, como parte integral del precepto impugnado y los Jueces del país estarán obligados a aplicar esa interpretación, aunque también pueden aplicar otras interpretaciones que la Corte no haya declarado inconstitucionales.

También pueden surgir casos en los cuales la Suprema Corte declare que sólo una de las posibles interpretaciones que derivan del precepto es la

constitucional. En este sentido, los poderes públicos no podrán aplicar una interpretación diferente de la cual la Suprema Corte ha declarado como constitucionalmente válida, pues ésta es la consecuencia de que sea ella, además de órgano de cierre del sistema jurisdiccional mexicano, el supremo intérprete de la Constitución, lo cual se traduce en que su interpretación será vinculante también para las normas distintas a las de la Norma Suprema, esto es, para las normas objeto de control constitucional.

Pese a ello hay que enfatizar que cuando se establezca que el precepto es constitucionalmente válido en alguno o algunos de sus sentidos, lo correcto es que la Suprema Corte no diga cuál es la interpretación "única o correcta" de la disposición normativa, sino más bien que establezca cuál es la interpretación del precepto que se considera conforme con la Constitución.

Cuando se declara la constitucionalidad de la disposición combatida siempre que no se interprete en un determinado sentido, la interpretación declarada inconstitucional quedará expulsada del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo se entenderá que todas las demás interpretaciones (diferentes a la declarada inconstitucional) que los Jueces puedan hacer derivar de la disposición son constitucionales.

En cuanto a las sentencias interpretativas estimatorias, no cabe duda de que las interpretaciones declaradas inconstitucionales gozan de los mismos efectos *erga omnes* de las sentencias en las cuales la Suprema Corte declara inválidas las normas impugnadas (salvo en los casos analizados de juicio de amparo y controversias constitucionales donde los efectos sean *inter partes*), siempre que éstas hubieren sido aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos, es decir, cuando el Tribunal Pleno, en los términos apuntados, declare la inconstitucionalidad de una de las normas que derivan del precepto sometido a control.

El efecto de tal pronunciamiento será la eliminación de dicha norma que, como consecuencia, cesa en su validez y eficacia. Ahora bien, no hay

que pasar por alto que el contenido normativo no declarado inconstitucional por la sentencia sigue siendo válido (las demás interpretaciones o normas no declaradas inconstitucionales). En relación con este contenido normativo no afectado de inconstitucionalidad, en el futuro sería posible su impugnación mediante alguno de los demás medios de control constitucional que existen en México pero diferentes al que dio origen a la sentencia, aunque no podría volver a controlarse la interpretación declarada inconstitucional.

Una de los problemas originados por los efectos vinculantes y generales de este tipo de pronunciamientos interpretativos es que, al quedar inalterado el texto de la disposición impugnada, los Jueces no logren localizar fácilmente el pronunciamiento interpretativo estimatorio por no ser expresado de manera clara y precisa, con lo cual se crea incertidumbre e inseguridad jurídica.

Por esta razón, sería conveniente que la Corte introdujera en el fallo la interpretación declarada inconstitucional o bien, que por lo menos en uno de los puntos resolutivos de la sentencia indicara, específicamente, que la disposición es inconstitucional si se interpreta en tal o cual sentido, y no como se suele hacer en la actualidad, señalando que el precepto impugnado es válido y, después, haciendo una remisión a uno de los considerandos de la sentencia de donde se deja ver que sólo una de las interpretaciones del dispositivo normativo es declarada inconstitucional.

En suma, en el sistema mexicano de control de inconstitucionalidad, la interpretación o interpretaciones que deriven de una sentencia interpretativa desestimatoria o estimatoria son muy similares. Estas interpretaciones tendrán efectos generales y vincularán a todos los poderes públicos —en especial a los integrantes del Poder Judicial de la Federación y de los Poderes Judiciales de las entidades federativas—, por lo cual ellos deberán aplicar la disposición en el sentido que la Suprema Corte ha declarado conforme con la Constitución.

Por último, se reitera que dichas interpretaciones serán obligatorias tanto si aparecen reflejadas en algún punto resolutivo de la sentencia como si quedan plasmadas en alguno de los considerandos que conducen al fallo,⁵² aunque en este último supuesto será indispensable que concurren dos requisitos: a) Que el considerando donde se localice la interpretación constitucional o inconstitucional sea esencial (que dé soporte) al fallo, es decir, que la propia resolución no pueda entenderse sin referencia a ese razonamiento lógico-jurídico que viene a sustentarla, y b) que la *ratio decidendi* de la sentencia haya sido aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos de los Ministros.

b. Sentencias manipulativas

Las sentencias manipulativas, por lo regular (o casi siempre), son sentencias formalmente estimatorias, pero no puede ignorarse la existencia de sentencias que, al ser formalmente interpretativas desestimatorias, materialmente son manipulativas por los efectos que es dable hacer derivar de ellas. Una vez señalado lo anterior, por sentencia manipulativa voy a entender *aquellas que declaran, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado de forma conjunta o compleja de una disposición normativa, produciendo el efecto de modificar o innovar dicho contenido normativo.*

El anterior concepto no contempla, a propósito, algunas cuestiones no ineludibles o que no siempre están presentes en toda sentencia manipulativa. Entre estas cuestiones se anotan las siguientes:

a) Dejar inalterado el texto de la disposición cuestionada. Este tipo de decisiones no inciden sobre el texto de la disposición impugnada. Sin embargo, en algunas ocasiones la alteración o modificación del contenido normativo se origina como consecuencia de la invalidez de una parte textual, y

⁵² En el caso mexicano, la interpretación acorde o disconforme con la Constitución normalmente no aparece reflejada en el fallo de la sentencia, sino que sólo queda plasmada en alguno de sus considerandos.

b) Que la alteración o modificación del contenido normativo, necesariamente, sea contraria a las funciones que constitucionalmente corresponden al Tribunal Constitucional. En efecto, hay ocasiones en las cuales con el empleo de una sentencia manipulativa el Tribunal Constitucional asume funciones, por ejemplo legislativas, que no le corresponden. No obstante, también existen supuestos, como en el caso de las sentencias reductoras (aunque no sólo en este tipo de sentencias), en las cuales los problemas de legitimidad constitucional son menores o, incluso, dichos problemas no se plantean, ya que la decisión del Tribunal posee efectos meramente reductores que entran dentro de la lógica de invalidez, propia de sus funciones.

En cuanto a las características esenciales de estas sentencias, algunos autores han entendido que se identifican por el hecho de que, tras la sentencia de la Corte, la disposición normativa llega a tener un sentido distinto de aquel que normalmente se recaba de la literalidad del texto de la misma,⁵³ de tal modo que dicha disposición sale del juicio constitucional con un alcance y contenido normativo diverso del original.⁵⁴ Otros han puesto de manifiesto que el grado de creatividad de este tipo de sentencias es todavía mayor que el del resto de las sentencias atípicas en general, ya que no se pronuncian simplemente acerca de la conformidad o no con la Constitución de las normas que pueden extraerse de una disposición sometida a control de constitucionalidad,⁵⁵ sino que, para ello, el Tribunal Constitucional asume la tarea de modificar directamente la norma, que se declara nula en cuanto no se entienda corregida, en el sentido indicado por el Tribunal.⁵⁶

⁵³ Falzea, Paolo, "In tema di sentenze di accoglimento parziale", en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (atti del Convegno di Trieste 26-28, maggio 1986)*, Milán, 1988, p. 507.

⁵⁴ Malfatti, Elena, Panizza, Saule y Romboli, Roberto, *Giustizia Costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2003, p. 136.

⁵⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 265.

⁵⁶ Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 22, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 490-491.

El efecto "manipulativo" propio de este tipo de sentencias se refiere a que producen verdaderas innovaciones en el sistema normativo,⁵⁷ al modificar o transformar el contenido normativo, deducible de la disposición o disposiciones sometidas a control,⁵⁸ de tal manera que éstas salen del proceso constitucional con un contenido diferente del que tenían.⁵⁹

Como se puede inferir, este tipo de decisiones han creado notables discusiones en la doctrina,⁶⁰ e incluso han despertado reticencias de los Jueces,⁶¹ de modo que son, principalmente, dos los aspectos que han preocupado a la doctrina. Por una parte, el problema de la justificación teórica del fenómeno manipulativo, es decir, el problema de la admisibilidad de una sentencia a la cual la mayor parte de la literatura reconoce

⁵⁷ Cfr. Barbera, Augusto y Fusaro, Carlo, *Corso di diritto pubblico*, 2a. ed., Bologna, Il Mulino, 2002, p. 370; Monteleone, Girolamo, *Giudizio incidentale sulle leggi...*, *op. cit.*, p. 123; también Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, p. 264, al referirse a las sentencias aditivas, pero de aplicación para los demás tipos de sentencias manipulativas, ha señalado que este tipo de sentencias constituye la muestra más clara del activismo judicial de los Tribunales Constitucionales, lo que supera su concepción tradicional de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no de creador de ellas. Este tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico.

⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo, Voz "Processo costituzionale", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milán, 1987, p. 654, manifiesta que estas sentencias realizan una transformación en el significado de la ley antes que su eliminación o su nueva interpretación conforme con la Constitución. En ese sentido véase Onida, Valerio y D'amico, Marilisa, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale, I, Il giudizio in via incidentale*, Turín, Giappichelli, 1998, p. 278, quienes dicen que estas sentencias modifican el contenido normativo deducible de la disposición, de la cual, a partir de la sentencia, los intérpretes, e *in primis* los Jueces, no podrán hacer derivar más aquella norma que el Tribunal Constitucional ha cancelado.

⁵⁹ Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", traducción de Ignacio Torres Muro, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 16, núm. 48, Centro de Estudios Constitucionales, septiembre-diciembre 1996, p. 64.

⁶⁰ En la doctrina italiana, desde mediados de la década de los sesenta se ha suscitado el debate en torno a las sentencias manipulativas y, como señala Pugiotto, Andrea, "Doctrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, Guiffè, año XXXVII, fasc. 5, septiembre-octubre, 1992, p. 3673, todavía hoy, tanto respecto a los problemas de construcción de los pronunciamientos constitucionales aditivos, como a sus consecuencias en el ordenamiento, la doctrina no es del todo pacífica.

⁶¹ Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones...", *op. cit.*, p. 65, ha señalado que entre la Magistratura se ha asistido en Italia, en algunas ocasiones, a una especie de "rebelión" respecto a este tipo de decisiones de los Jueces, los cuales, si bien han reconocido valor y eficacia inderogable a la parte ablativa de la sentencia de la Corte, se han negado a observar la parte "reconstructiva" y la han considerado una exorbitancia ilícita respecto de las funciones que la Constitución y la ley atribuyen a la Corte Constitucional.

al menos ciertos efectos "creativos",⁶² y llega incluso a hablar de un papel de "suplencia" de la Corte con respecto del legislador⁶³ y de una naturaleza legislativa o de función paralegislativa de la primera".⁶⁴ Por la otra, la polémica sobre la predicada eficacia general de dichas sentencias y, por tanto, sobre la vinculación de la Magistratura ordinaria y del propio Poder Legislativo a tal "reconstrucción" normativa.⁶⁵

En relación con el primero de los problemas, no ha faltado quien ha dicho que esta actividad paralegislativa se podría justificar para producir el menor perjuicio posible en el ordenamiento (y en particular un mal menor, respecto del que se produciría con la declaración de inconstitucionalidad). En este tipo de pronunciamientos no se da una invasión en la esfera de competencia del legislador: la aparente innovación legislativa es sobre todo una consecuencia *fatale* del mecanismo del juicio de constitucionalidad, consecuencia que en su gravedad no es diversa de aquella derivada de una declaración de invalidez de la ley (sobre la cual nadie puede discutir).⁶⁶

⁶² Sobre el aspecto de los poderes creativos de la Corte Constitucional véase, entre otros, Crisafulli, Vezio, "La Corte costituzionale ha vent'anni", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, pp. 1707-1708, quien parte de que el objeto del juicio de constitucionalidad es la "norma", para después justificar que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una parte del contenido normativo aun dejando formalmente inalterado el texto de la disposición. También Lanzillo, Rafaella, "Poteri creativi della Corte Costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi", en *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Milán, Giuffrè, 1985.

⁶³ En España García Roca, Javier, *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 234 y 235, ha enfatizado que el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias ha realizado una suplencia del legislador. El autor señala como ejemplo la STC 24/1990 en la que el Tribunal, al defender una estricta proporcionalidad entre la sanción acordada y la entidad de la irregularidad acaecida, ha ejercido una *funzione di suplenza* del legislador, pues de acuerdo con el modelo diseñado por la Norma Fundamental y por la Ley Orgánica de dicho Tribunal, éste no tiene la competencia electoral que ha empleado.

⁶⁴ Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5a. ed., Padua, Cedam, 1984, p. 364; Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2a. ed., 1977, p. 158; Modugno, Franco, "Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e Potere Legislativo", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Guiffirè, Milán, año XXXIII, fasc. 1, segunda parte, 1988, p. 21; Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones...", *op. cit.*, p. 64.

⁶⁵ Martín De la Vega, Augusto, *La sentenza costituzionale in Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 235.

⁶⁶ Branca, Giuseppe, *Collegialità nei giudizi della Corte Costituzionale*, Padua, Cedam, 1970, pp. 12-13.

La delicadeza de este problema que generan las sentencias manipulativas requiere una especial prudencia al emprender su análisis, para así estar en condiciones de verificar si con dicho grupo de sentencias efectivamente se produce una manipulación por el Tribunal Constitucional. Por ahora, sólo se señala que, aunque con dichas sentencias se producen ciertas alteraciones en el contenido normativo, ello no implica que su uso, necesariamente o siempre, invada funciones no correspondientes al órgano de control constitucional.

1. Sentencias reductoras

a. Características y ejemplos

A veces, de una disposición normativa derivan varios significados conjuntos (en el sentido de que todos ellos deben aplicarse contemporáneamente) pero distintos o variados, de tal manera que su campo de aplicación incluya varios supuestos. Cuando la Suprema Corte se ha enfrentado a un contenido normativo de este tipo, en alguna medida contrario a la Constitución, lo que prefiere es pronunciar una sentencia de estimación parcial con relación al texto de la disposición impugnada. Empero, hay casos en que la Corte no puede conseguir la sola eliminación de aquella parte inconstitucional, sin afectar también la parte completamente acorde con la Norma Suprema. En casos como el descrito, lo que el Tribunal Constitucional mexicano hace es declarar la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo del precepto —sin afectar al texto de éste— para que sea inaplicable en alguno de los supuestos que originalmente estaban contemplados en él.

En conexión con lo anterior, es necesario afirmar que existen dos características imprescindibles en este tipo de decisiones que realizan una reducción en el ámbito de aplicación del precepto. En primer lugar, que la parte del contenido normativo declarada inconstitucional no pueda corresponderse con una parte específica del texto, ya que en este caso lo que en realidad se estaría dictando sería un pronunciamiento de estimación parcial con respecto al texto, aunque con efectos reductores.

En segundo lugar, que el contenido normativo declarado inconstitucional sea escindible, o bien que tenga cierta autonomía respecto al contenido que continúa inalterado, de tal forma que éste pueda seguir entendiéndose y existiendo aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser completado o precisado por la propia sentencia, ya que en el supuesto contrario, es más adecuado pronunciar una sentencia que declare la inconstitucionalidad del precepto de manera pura o simple.

El empleo de "sentencias reductoras" no ha sido frecuente en la justicia constitucional mexicana. Sin embargo, la forma en que la Suprema Corte ha pronunciado una sentencia de este tipo es bajo las expresiones como "se declara la invalidez del o de los artículos [...] en cuanto regulan aspectos relativos a [...]", "procede declarar la invalidez del artículo [...] en cuanto señala que [...]", "el artículo [...] resulta inconstitucional únicamente en la porción normativa que señala [...]". Cabe aclarar que también es posible encontrar sentencias que formalmente adoptan un pronunciamiento interpretativo desestimatorio y que en realidad encubren una sentencia materialmente reductora.

Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos es la sentencia del 11 de marzo de 1999, recaída en la acción de inconstitucionalidad 5/99. En la parte que interesa, las disposiciones impugnadas del Código Electoral del entonces Distrito Federal textualmente disponen:

"Artículo 41. Dos o más asociaciones políticas reguladas por este código podrán fusionarse para constituir una nueva asociación política o para incorporarse en una de ellas. [...]"

"Artículo 49. Las asociaciones políticas que decidan fusionarse deberán celebrar un convenio en el que invariablemente se establecerán las características de la nueva asociación; o cuál de las asociaciones originales conserva su personalidad jurídica y la vigencia de su registro, y qué asociación o asociaciones quedarán fusionadas."

Para todos los efectos legales la vigencia del registro de la nueva asociación política será la que corresponda al registro de la asociación más antiguo de las que se fusionen.

El convenio de fusión deberá ser aprobado o rechazado por el Consejo General dentro del término de treinta días siguientes a su presentación. [...]

"Artículo 60. El Consejo General tiene las siguientes atribuciones [...]

h) Resolver sobre los convenios de fusión, frente, coalición y candidatura común que celebren las asociaciones políticas, según sea el caso."

"Artículo 246. La presentación de los medios de impugnación corresponde a [...]

IV. Las organizaciones de ciudadanos solicitantes de registro como agrupación o partido político o de observadores electorales."

"Artículo 276. Las sanciones a que se refieren las causas del artículo anterior consistirán: [...]

e) A los partidos políticos y asociaciones políticas locales, hasta con la suspensión o cancelación de su registro."

Al resolver este caso, la SCJN en el considerando Noveno de la sentencia estableció que:

a) Los artículos 41, segundo párrafo, 49 y 60, inciso h), del Código Electoral del Distrito Federal establecen la posibilidad de que se fusionen dos o más asociaciones políticas, entre las cuales se encuentran los partidos políticos nacionales; también señalan que el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal tendrá la atribución de resolver la posible cancelación del registro de los partidos políticos fusionados

—aunque esta materia está constitucionalmente reservada al Instituto Federal Electoral (hoy INE)—. Ello significa que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal acordó aspectos que corresponde legislar al Congreso de la Unión;

b) El artículo 246, fracción IV, del Código Electoral del Distrito Federal legitima a las organizaciones de ciudadanos que hubieren solicitado su registro como partido político para interponer el medio de impugnación correspondiente, del que conocería el Tribunal Electoral del Distrito Federal, en términos de lo dispuesto por el artículo 244 del mismo ordenamiento; sin embargo, el otorgamiento de los registros de los partidos políticos nacionales es una facultad propia de la autoridad electoral federal, por lo que una impugnación de esa naturaleza correspondería conocerla al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en términos de lo ordenado por el artículo 99 constitucional, y

c) El artículo 276, inciso e), del Código Electoral que dispone la suspensión o cancelación del registro de un partido político como sanción que puede imponer el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, desde luego no le corresponde establecerla a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, puesto que esa particular materia está reservada al Congreso de la Unión.

En el mismo considerando Noveno se manifestó que "la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tiene facultades para legislar en relación con los partidos políticos nacionales [...]". En consecuencia, en el punto resolutivo cuarto de la sentencia, se declaró "la invalidez de los artículos 41, segundo párrafo; 49; 60, inciso h); 246, fracción IV, y 276, inciso e), del Código Electoral del Distrito Federal, en cuanto regulan cuestiones relativas a partidos políticos nacionales, ajenas a su participación en las elecciones locales del Distrito Federal".⁶⁷

⁶⁷ De forma similar la SCJN en el punto resolutivo Tercero de esta misma sentencia "declara la invalidez de los artículos 1º, inciso c); 6º, último párrafo; 10; 11, incisos a) y b); 12, 14; 15, inciso d);

Como se puede observar, a pesar de que en los preceptos antes señalados no se hace una mención explícita respecto a los partidos políticos nacionales, puede entenderse que también éstos quedan comprendidos, posibilidad que la Suprema Corte estima inconstitucional. Esto es, dichos preceptos pueden englobar dos normas de manera conjunta: la que regula cuestiones relativas a los partidos políticos con registro nacional y la referida a los partidos políticos que no tengan un registro nacional, por ejemplo los estatales, de manera que sólo la primera de las normas es inconstitucional. El efecto en las disposiciones declaradas inconstitucionales es el de reducir el ámbito de aplicación de los preceptos aludidos, sin que dicha declaración de inconstitucionalidad afecte a parte alguna del texto.⁶⁸

b. Efectos

En los supuestos en los que existe un contenido normativo complejo (derivado *conjuntamente* de la disposición) que es parcialmente inconstitucional, lo que procede es pronunciar una sentencia de estimación parcial. No obstante, también es posible alcanzar los mismos efectos reductores, pero en relación con la norma, mediante un pronunciamiento formalmente desestimatorio.

Ahora bien, aun cuando las sentencias reductoras en general tienen el efecto de reducir contenidos normativos, es necesario hacer una pequeña matización de carácter meramente formal. Las sentencias reductoras formalmente estimatorias (que declaran la inconstitucionalidad del pre-

43; 46, segundo párrafo; 60, incisos l) y n); 85, incisos f) y o); 86; 87, incisos j) y k); 134; 136; 138, tercer párrafo; 142, segundo párrafo, 143, inciso c); 200, primer párrafo; 209, incisos a) y d); 211, inciso a) y segundo párrafo; 213 segundo y tercer párrafos e inciso a); 217, inciso e); 219, inciso e); 266, tercer párrafo; Décimo y Decimosegundo transitorios del Código Electoral del Distrito Federal, exclusivamente en cuanto regulan aspectos relativos a los Consejos de Gobierno de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal, en los términos y para los efectos precisados en el considerando Séptimo de esta resolución".

⁶⁸ Otros ejemplos de sentencias reductoras los encontramos en las siguientes acciones de inconstitucionalidad: 5/99 (sentencia del 11 de marzo de 1999) y 21/2004 (sentencia del 26 de abril de 2007).

cepto "en cuanto establece...") tienen el efecto de reducir los supuestos a los cuales es aplicable el precepto cuestionado, o bien producir una reducción en el alcance de sus consecuencias jurídicas, como producto de esa declaración de inconstitucionalidad parcial. Mientras que las sentencias que formalmente asumen un pronunciamiento desestimatorio, o bien uno interpretativo desestimatorio, pero que materialmente tienen efectos reductores (que declaran la constitucionalidad de una disposición "en cuanto regulan...", o "interpretado en el sentido..."), lo que hacen es acoger una interpretación alternativa conforme con la Constitución, de manera que ésta es más restrictiva.

2. Sentencias aditivas

a. Características y ejemplos

Para describir mejor las sentencias aditivas de la Suprema Corte, en primer lugar hay que decir que son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de la disposición impugnada "en cuanto excluye...", o "en la parte en la que no prevé...", o "no incluye..." "algo" para ser conforme con la Constitución. Ello porque se parte de la idea de que regularmente las sentencias aditivas pronunciadas por la SCJN derivan de decisiones formalmente estimatorias en las cuales se ha declarado la invalidez de una parte textual de la disposición cuestionada —una palabra o una breve frase— y, como consecuencia de esa declaración de invalidez, se ha producido el efecto de ampliación o extensión del contenido normativo de la disposición controlada.

A partir del pronunciamiento de la Suprema Corte se considera que la disposición incluye ese "algo" que originalmente no estaba contemplado, ya sea por descuido del legislador, ya sea porque éste, intencionalmente, había decidido excluir el supuesto ahora incluido como parte de la disposición. Por tanto, serán sentencias aditivas *aquellas que, dictadas en un proceso de control de constitucionalidad, declaran la inconstitucionalidad de una parte de la disposición, produciéndose con ello un efecto de extensión o ampliación en el contenido normativo del precepto impugnado.*

Esta definición permite incluir todos los supuestos en los cuales se produce un mismo (o similar) efecto de ampliación en el contenido normativo del precepto que hasta antes de la sentencia no estaba previsto. Puede acaecer, por ejemplo, que la ampliación se origine como consecuencia de la declaración de invalidez de una norma implícita o explícita de exclusión; de igual forma, es posible que dicha ampliación sea consecuencia de la declaración de invalidez de una parte textual de la disposición sometida a control, es decir cuando formalmente se reduzca el contenido del texto, pero materialmente se amplíe.

Las sentencias aditivas de la Suprema Corte mexicana responden a diversas formulaciones, lo cual significa que el efecto de ampliación o extensión puede producirse por vías muy diferentes, y es posible distinguir los siguientes supuestos en los que tales decisiones se aplican.

Un primer supuesto es aquel en el cual se determina que una disposición normativa infraconstitucional es deficiente o incompleta respecto al principio de igualdad,⁶⁹ es decir cuando la Suprema Corte conoce de un caso en el cual la disposición distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos que, desde el punto de vista constitucional, deberían tener el mismo tratamiento.

Ahora bien, frente a una disposición discriminatoria, la igualdad puede ser restaurada ya sea declarando la inconstitucionalidad de una omisión, ya declarándola sin invalidar la disposición (para que el legislador pueda actuar en consecuencia), o bien, declarando la inconstitucionalidad de la parte del texto del precepto impugnado que entiende discriminatoria, lo cual en muchas ocasiones viene a invalidar el estado de ventaja a favor de un sector en desventaja de otro.⁷⁰ Con base en este

⁶⁹ En este supuesto estamos en presencia de una omisión de tipo parcial que parte de la existencia de leyes o disposiciones, pero que la inconstitucionalidad deviene de la insuficiencia de su portada normativa, al preverse menos de lo que el legislador estaba constitucionalmente obligado a contemplar.

⁷⁰ Esta idea ha sido abordada por la doctrina italiana y española. En esa tesitura puede verse Pizzorusso, Alessandro, "Las sentencias 'manipulativas' del Tribunal Constitucional italiano", en *El*

último supuesto, la Suprema Corte ha dictado sentencias en las que se considera que el precepto impugnado excluye (aunque de manera implícita) lo que debería incluir. La sentencia, en este caso, declara la inconstitucionalidad y la invalidez de esa parte textual excluyente, lo que origina la ampliación del contenido normativo que la Constitución exige.

Un ejemplo sería la sentencia publicada el 17 de mayo de 2019, recaída en la acción de inconstitucionalidad 13/2017.⁷¹ La sentencia contiene un pronunciamiento de este tipo de adición, aunque formalmente se trate de una sentencia de estimación parcial respecto del texto de la disposición impugnada.

En este asunto se sometieron a control diversas disposiciones de la Ley de Movilidad Sustentable para el Estado de Colima, entre ellas el artículo 373, punto 1, fracción I, que a la letra refiere:

"Artículo 373. Tarifas preferenciales para transporte público colectivo

I. Podrán acceder a la tarifa preferencial de transporte público colectivo:

I. Los estudiantes inscritos en planteles educativos que se encuentren incorporados a la Secretaría de Educación, desde los niveles de secundaria en adelante, aplicables de forma gradual respetando los acuerdos establecidos previamente con el sector."

Tribunal Constitucional, I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 290-291; Duni, Giovanni, "L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa", en *Scritti in Onore di C. Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1977, p. 341; Colapietro, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, Pacini Editore, 1990, p. 42; D'orazio, Giustino, "Le sentenze costituzionale additive tra esaltazione e contestazione", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, tom. I, año XLII, 1992, p. 92, y Vecina Cifuentes, Javier, "El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad", en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, núm. 2, 1993-1994, p. 488.

⁷¹ Otro ejemplo de sentencias de este tipo lo encontramos en la acción de inconstitucionalidad 10/2005 (sentencia del 6 de noviembre de 2007).

La SCJN señaló que "la distinción realizada en el artículo 373, punto 1, fracción I, no resulta constitucional, al vulnerar el principio de igualdad y debe ser declarado inválido en la porción que establece 'desde los niveles de secundaria en adelante', lo que tendrá como efecto aplicar las tarifas preferenciales a todos los estudiantes sin distinción de grado".

En estas sentencias la adición se produce al extender los efectos normativos previstos en el precepto, aunque para que se dé tal extensión es un requisito indispensable que primero se invalide parte del contenido de la norma explícita, con lo que se remueve el obstáculo y, como consecuencia automática de dicha declaración de invalidez, se incluye lo antes excluido, lo cual exige la propia Constitución.

Como se señaló, estas resoluciones responden a la estructura de aquellas sentencias aditivas derivadas de exigencias propias del principio de igualdad, en tanto que éste se enfrenta a leyes discriminatorias por la ausencia de una inclusión expresa de determinados supuestos o categorías, aunque ello no es un elemento esencial del tipo de sentencias analizadas, pues existen otras clases de sentencias aditivas con distintos perfiles. A dichas categorías se hace referencia a continuación.

Un segundo supuesto es el de las sentencias de interpretación extensiva. En estas sentencias, la operación realizada por la Suprema Corte es una interpretación del precepto (con esta interpretación pueden confluir varios criterios como el extensivo, sistemático, conforme a la Constitución) que permite incluir en él lo que en principio no estaba previsto expresamente. En este caso, a diferencia del anterior, de la disposición cuestionada no deriva una norma de exclusión, sino que sólo se adiciona una norma aplicable al supuesto que no estaba prevista expresamente y deriva de exigencias constitucionales.

En ese sentido puede verse la sentencia del 8 de marzo de 2001, pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 9/2001, en la cual se solicitó la invalidez del artículo 47 de la Constitución del Estado Libre y Soberano

de Tabasco, reformado por el Decreto "450",⁷² toda vez que no establece un plazo para que la Legislatura local expida la convocatoria para la elección del Gobernador que deba concluir el periodo.

En el considerando Noveno de la sentencia se señaló que hasta antes de la reforma a que dio lugar el Decreto "450", el citado artículo 47 disponía: "[...] El mismo Congreso expedirá *dentro de los cinco días siguientes* al de la designación de Gobernador interino la convocatoria para la elección de Gobernador que deba concluir el periodo respectivo [...]". Por su parte, el nuevo artículo 47, producto de la referida reforma constitucional, señala en la parte que interesa lo siguiente: "[...] El mismo Congreso expedirá la convocatoria para la elección de Gobernador que deba concluir el periodo respectivo [...]".

En el mismo considerando se estableció que, como puede apreciarse, en este punto la reforma básicamente tuvo por objeto eliminar el plazo de cinco días para que el Congreso del Estado convocara a elecciones extraordinarias, lo que violenta los principios constitucionales de certeza, de renovación periódica del Poder Ejecutivo local y de realización de elecciones auténticas, así como el derecho ciudadano al sufragio, ya que con la aplicación del precepto reclamado se podría llegar al extremo de que la Legislatura no convoque a elecciones durante el lapso necesario para actualizar la hipótesis prevista en el párrafo cuarto del propio artículo 47, consistente en la necesidad de que el propio Congreso deba nombrar a un Gobernador sustituto que concluya el periodo constitucional.

En consecuencia, el punto resolutivo segundo de la sentencia declaró la invalidez del Decreto '450' en cuanto elimina el plazo de cinco días para la emisión de la convocatoria a elecciones extraordinarias de Gobernador. Acto seguido, la SCJN hizo una adición en los siguientes términos: "En

⁷² Dicho decreto se publicó en el *Periódico Oficial del Estado de Tabasco* el 30 de diciembre de 2000; con él se reformó el artículo 47 de la Constitución Política del Estado de Tabasco.

este aspecto, volverá a adquirir vigencia el artículo 47 de la Constitución del Estado de Tabasco anterior a la reforma, en la parte que establece: "Artículo 47.- [...] El mismo Congreso expedirá *dentro de los cinco días siguientes al de la designación de Gobernador Interino* la convocatoria para la elección de Gobernador que deba concluir el periodo respectivo".

Con este ejemplo queda claro que las sentencias aditivas no sólo se emplean para hacer efectivo el derecho a la igualdad, aun cuando sea en defensa de ese derecho donde más se pueden aplicar, sino que también pueden surgir en casos como el descrito, en los cuales el Intérprete Supremo de la Constitución declara que la disposición impugnada se ajusta a la Norma Suprema pero le falta un supuesto, eliminado por el legislador, y lo adiciona.

Otro tipo de pronunciamiento aditivo es el de algunas sentencias que al igual que los anteriores supuestos tienen el efecto de producir una ampliación en el contenido normativo de la disposición impugnada, sólo que esa ampliación es producto de la declaración de inconstitucionalidad e invalidez de una palabra, frase, inciso, fracción o párrafo del texto. En este supuesto se ubica una sentencia de efectos aditivos, más que de una sentencia aditiva en sentido estricto, ya que, según se dijo, estas últimas tienen la característica de dejar inalterado el texto.

Un ejemplo es la sentencia del 25 de febrero de 1999, recaída en la acción de inconstitucionalidad 10/98. El artículo Segundo transitorio de la Ley del Servicio Profesional Electoral del Estado de Nuevo León, antes de la declaración parcial de invalidez de la Corte, disponía: "Los integrantes de la Coordinación Técnica Electoral concluirán el cargo que les fue conferido para el proceso electoral de 1997, dentro de los diez días posteriores contados a partir de la iniciación de vigencia de esta Ley, y no podrán ser elegibles para ocupar los cargos del Servicio Profesional Electoral a que se refiere el presente ordenamiento".

Del contenido de este artículo se desprenden las siguientes cuestiones:

a) La conclusión del cargo conferido a los integrantes de la Coordinación

Técnica Electoral conferido para el proceso electoral de 1997, y b) la inelegibilidad de dichos integrantes de la Coordinación Técnica para ocupar los cargos del Servicio Profesional Electoral a que se refiere la Ley impugnada.

En cuanto al segundo aspecto, el cual se declaró inválido, la Suprema Corte consideró que, si a los citados miembros de la Coordinación se les impide ser elegibles para ocupar los cargos de referencia, por disposición del artículo Segundo transitorio de la ley impugnada, resulta entonces que la misma contraviene la garantía de libertad de trabajo prevista por el artículo 5° de la Constitución federal (considerando Sexto). En consecuencia, en el punto resolutivo Segundo de la sentencia, se declaró la invalidez del artículo Segundo transitorio, respecto de la parte relativa que dice: "[...] y no podrán ser elegibles para ocupar los cargos del Servicio Profesional Electoral a que se refiere el presente ordenamiento".

Al declararse la invalidez de la parte antes transcrita, con el pronunciamiento de la Corte se amplía el ámbito de aplicación del precepto, al entender que, si se satisfacen debidamente los requisitos establecidos en la ley impugnada, no existe impedimento para que cualquier persona, incluso los anteriores integrantes de la Coordinación Técnica, participen y eventualmente puedan ser seleccionados para los cargos del Servicio Profesional Electoral, pues en tales condiciones no tienen impedimento para ello.

b. Efectos

De manera preliminar, se puede sostener que toda sentencia aditiva tiene aparejada la declaración de inconstitucionalidad e invalidez de una norma. Iniciando por las sentencias aditivas que consideran que el precepto impugnado excluye (aunque de manera implícita) lo que constitucionalmente debería incluir, se considera que la declaración de invalidez de esa norma excluyente tiene los mismos efectos que ya se han establecido sobre

las sentencias interpretativas estimatorias, es decir la invalidez de esa norma tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos.

Pero, además, la invalidez de esa norma implícita tiene como consecuencia la ampliación de los efectos que el precepto no contemplaba explícitamente con anterioridad al pronunciamiento de la Corte. Esa invalidez es declarada expresamente en la mayoría de las sentencias aditivas, aunque referida en general al artículo de la ley objeto de impugnación.

Si se coincide en que el momento de integración de la laguna es consecuencia inmediata e inevitable de la inconstitucionalidad de la norma implícita, que viene impuesta por la propia Constitución, los momentos de integración y anulación de la norma implícita tienen los mismos efectos generales y vinculantes para todos los poderes públicos de la doctrina constitucional que en la sentencia ha sido introducida por la Suprema Corte. Es verdad que, en muchas ocasiones, dicha integración implica la aplicación al supuesto no previsto de un principio general derivado de la Constitución, el cual deberá ser aplicado por los Jueces en tanto el legislador haga las adecuaciones a la ley.

3. Sentencias sustitutivas

a. Características

La Suprema Corte también ha emitido sentencias que declaran que un precepto es parcialmente inconstitucional, al tiempo de disponer que la parte declarada contraria a la Constitución se sustituya por otra que la propia SCJN determina como conforme con la Norma Suprema. Las expresiones que utiliza la SCJN al hacer uso de este tipo de decisiones son: "El precepto impugnado se considera violatorio del artículo [...] consagrado en la Constitución General de la República, en cuanto se aparta de [...]" o "se declara la invalidez de los preceptos impugnados en cuanto se apartan de [...]", y luego establece cuál es la interpretación que se le dará al precepto declarado inconstitucional en tanto el Poder

Legislativo adecua el contenido de dicho precepto a los contenidos de la Constitución General.

El funcionamiento de estas sentencias responde a una operación muy similar a la de las sentencias aditivas (la ampliación o extensión del contenido normativo), pero precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. En ese sentido, la diferencia esencial entre las sentencias sustitutivas y las aditivas es que éstas se enfrentan (por lo regular) a un vacío ya existente, y por tanto sólo tienen un aspecto reconstructivo, mientras que aquéllas primero tienen un aspecto ablativo, el cual produce el efecto de crear un vacío normativo, seguido del momento reconstructivo.

b. Ejemplos

Un buen ejemplo para ilustrar el funcionamiento de este tipo de pronunciamientos es la sentencia del 15 de junio de 2004, recaída en la acción de inconstitucionalidad 14/2004 y sus acumuladas 15/2004 y 16/2004.

En esta acción se impugnó, entre otros, el artículo 154 de la Ley Electoral del Estado de Quintana Roo, que en la parte que interesa establecía: "Los Consejos Distritales, a más tardar quince días antes del día de la elección, publicarán en cada Municipio y Distrito, numeradas progresivamente, el número de casillas electorales que se instalarán, así como su ubicación y el nombre de sus funcionarios". La Suprema Corte, en el punto resolutivo quinto del fallo, declaró la invalidez del artículo antes citado, en la porción normativa que señala: "[...] a más tardar quince días antes del día de la elección [...]", toda vez que esta previsión no permitía que se substanciasen dentro de plazos convenientes las instancias impugnativas previstas en la legislación local en contra del procedimiento de ubicación de casillas.

Con la anterior declaratoria de invalidez, dice la Corte (considerando Décimo), se suprime el plazo para la publicación de las listas que con-

tienen los lugares en que habrán de ubicarse las casillas electorales. No obstante, los Consejos Distritales, en aplicación de la norma, deberán ceñirse a los lineamientos de esta ejecutoria y por tanto realizar la publicación aludida una vez que haya sido aprobada la lista de referencia, a más tardar la primera semana de enero del año en que deba celebrarse la elección, para permitir el desahogo de las instancias impugnativas que procedan. Todo ello, sin perjuicio de que la Legislatura local, si lo estima pertinente, pueda realizar las adecuaciones legislativas correspondientes dentro del plazo previsto en el penúltimo párrafo de la fracción II del artículo 105 de la Constitución federal.

En esta sentencia es posible apreciar los dos momentos que debe tener todo pronunciamiento de carácter sustitutivo. En primer lugar, se declara la invalidez de la norma que exige la publicación del número de casillas electorales que se instalarán, así como su ubicación y el nombre de sus funcionarios, en el plazo de quince días antes del día de la elección (aspecto anulatorio). En segundo lugar, se establece que se deberá realizar la publicación aludida, una vez que haya sido aprobada la lista de referencia, a más tardar la primera semana de enero del año en que deba celebrarse la elección (aspecto reconstructivo).⁷³

Otro ejemplo es la sentencia que recayó en el amparo en revisión 581/2012.⁷⁴ En dicho amparo se combatió la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, pues contempla el matrimonio únicamente entre un hombre y una mujer.⁷⁵ Así, la Suprema

⁷³ Otros ejemplos se encuentran en la acción de inconstitucionalidad 30/2001 y su acumulada 31/2001 (sentencia del 28 de enero de 2002), la acción de inconstitucionalidad 11/2002 (sentencia del 27 de enero de 2004) y la acción de inconstitucionalidad 31/2002 (sentencia del 10 de diciembre de 2002).

⁷⁴ Sentencia del 5 de diciembre de 2012.

⁷⁵ En este juicio la Suprema Corte analizó el uso de una categoría sospechosa porque el artículo establece una diferenciación normativa. Además, reitera el precedente de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, donde se interpretó el contenido del artículo 4º constitucional con respecto a la protección de la familia en todas sus formas y manifestaciones existentes. Otro asunto en el cual se analizó también el tema del matrimonio igualitario es la acción de inconstitucionalidad 29/2016, cuya sentencia fue publicada el 7 de septiembre de 2018.

Corte señaló que a pesar de que el artículo no excluye explícitamente a las parejas del mismo sexo, sí lo hace de manera implícita al establecer que el matrimonio es un contrato celebrado entre un hombre y una mujer, y al no permitir que se casen dos hombres o dos mujeres, se está excluyendo en razón de la orientación sexual.

En consecuencia, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió que el artículo 143 es inconstitucional en su literalidad por contener una distinción que excluye injustificadamente a las parejas homosexuales⁷⁶ del acceso al matrimonio al permitir que sólo lo contraigan las parejas heterosexuales. Por tanto, la porción que refiere que el matrimonio deba ser "entre un solo hombre y una sola mujer", debe ser interpretada conforme a la Constitución, por lo que habría de leerse como "entre dos personas".

Entonces, este ejemplo sobre matrimonio igualitario formalmente es una sentencia sustitutiva porque una parte del artículo se elimina y otra parte reconstruye el artículo, pero materialmente también es aditiva porque amplía el contenido normativo incorporando supuestos no previstos en la ley.

No puede pasar inadvertido que las sentencias sustitutivas plantean serias dudas sobre su legitimidad, porque la reconstrucción a cargo de la Corte no ha derivado de alguna parte del precepto impugnado. Posiblemente, una forma de justificar dicho añadido podría ser el hecho de que el mismo fue impuesto por la Constitución o por alguno de sus principios. Este elemento podría ser significativo para valorar la legitimidad de las sentencias sustitutivas, porque, como no podía ser de otra forma,

⁷⁶ Otras relevantes decisiones de la Suprema Corte centradas en la diversidad sexual son las siguientes: Amparo en revisión 1127/2015, que determina la inconstitucionalidad de la definición de concubinato, pues condiciona su existencia a la unión de un hombre y una mujer; acción de inconstitucionalidad 8/2014, el cual indica que la orientación sexual no es impedimento válido para adoptar a un hijo o hija; amparo en revisión 852/2017, que establece que para privilegiar la estabilidad familiar y el beneficio de los menores de edad es posible la filiación jurídica en el contexto de dos mujeres que desean ejercer la comaternidad.

la Constitución resulta un elemento indispensable para saber cómo debe ser interpretado el precepto parcialmente "amputado". Sin embargo, no es posible estimar hasta cuál punto pueda ser suficiente la reconstrucción, ya que en ninguna circunstancia se debe forzar el contenido del precepto para que diga algo totalmente diverso de lo que decía hasta antes de la sentencia.

c. Sentencias monitorias

1. Características y ejemplos

La doctrina europea, como la de algunos países de Sudamérica, ha clasificado algunas sentencias bajo el nombre de sentencias monitorias apelatorias o exhortativas, entre otras, y lo ha hecho considerando que bajo esta denominación se pueden agrupar aquellas sentencias que indican al legislador la obligación de legislar sobre determinada materia y, sólo si éste no interviene, el Tribunal Constitucional declarará la inconstitucionalidad cuando se vuelva a pronunciar sobre la norma respectiva, es decir, se considera la ley constitucional en tránsito, por decirlo de algún modo, hacia la inconstitucionalidad, razón por la cual se incorpora en la sentencia una apelación al legislador para que actúe lo antes posible respecto a una específica materia, tomando en cuenta las exigencias que la Constitución impone.⁷⁷ O las sentencias admonitorias que desestiman la pretensión de inconstitucionalidad de la ley, pero que, al mismo tiempo, desencadenan la actuación del Poder Legislativo y le indica a éste el camino que tendrá que seguir.⁷⁸

⁷⁷ En relación con el tema puede verse la obra de Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pp. 271-275; asimismo, puede consultarse Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, pp. 397-402, quien denomina a estas sentencias como apelatorias. Hay que señalar que este tipo de sentencias tiene más sentido en sistemas en los cuales el control abstracto de inconstitucionalidad no está sujeto a la limitación de un plazo para su interposición, pero no (o no tanto) en sistemas que, como el español o el mexicano, precluyen el ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad dentro de un plazo muy corto.

⁷⁸ Cfr. Fernández Segado, Francisco, "La defensa de la Constitución en España", en *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, UNAM/SCJN, 1997, p. 62.

La diferencia entre sentencias monitorias estimatorias y desestimatorias es algo compleja; particularmente si se parte del dato de que todas ellas incluyen una recomendación, invitación, apelación o exhorto al legislador para que actúe y, en muchas ocasiones, incluso se le señala un plazo para hacerlo.

Sin embargo, existe una diferencia formal y básica entre unos y otros tipos de sentencias, pues las sentencias desestimatorias monitorias se pronuncian considerando provisionalmente constitucional la disposición impugnada hasta en tanto el legislador actúe.

En cambio, en las sentencias estimatorias monitorias de la SCJN, primero se declara la inconstitucionalidad e invalidez de un precepto o parte del mismo y, sólo después de ese pronunciamiento estimatorio, se fijan los principios a los cuales deberá atenerse el legislador al momento de configurar la nueva regulación; aunque también se puede emitir este último tipo de pronunciamientos en sentencias que combaten la omisión legislativa total.

Con todo, estas recomendaciones van desde un simple consejo hasta fórmulas más coactivas; además, pueden ser específicas y puntuales, incluso con fijación de plazos, pero también pueden ser más genéricas y flexibles. Al examen de estos diversos tipos de sentencias se dedican algunas de las páginas siguientes.

No debe perderse de vista que pueden existir diversas modalidades en las cuales se encuentran sentencias del tipo señalado, aunque todos ellos responden a una estructura muy similar.

Un asunto emblemático en el cual la Suprema Corte combatió la inconstitucionalidad por omisión legislativa total es la sentencia pronunciada en el juicio de amparo en revisión 1359/2015. En ella determinó que el Congreso de la Unión estaba siendo omiso desde abril de 2014 porque no había emitido la ley reglamentaria del artículo 134, párrafo octavo, de la Constitución en materia de gasto de comunicación social.

En este caso también se señaló que la ausencia de regulación de la publicidad oficial tiene un efecto inhibitorio sobre la libertad de expresión de medios de comunicación y periodistas, a la vez que se afecta el derecho a la información de la sociedad. Por tanto, se le dio al Congreso hasta el 30 de abril de 2018 para colmar ese vacío normativo. El Congreso cumplió, aunque con un pequeño retraso, y expidió la ley reglamentaria, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de ese año.

Otras veces la recomendación que la Suprema Corte hace al legislador es moderada, pues lo invita a dar cumplimiento a lo preceptuado por las normas constitucionales. En ese sentido puede verse la sentencia pronunciada en la controversia constitucional 80/2004. En ella se impugnó la omisión de la Legislatura del estado de Chihuahua de no expedir la regulación respectiva en materia de agua potable, en desacato del contenido del artículo 115 de la Constitución general.

En el fallo de la citada sentencia⁷⁹ se exhortó al Congreso del Estado de Chihuahua para que, dentro del plazo de un año, contado a partir de la legal notificación de la ejecutoria, realizara las adecuaciones legales en materia municipal y se ajustara a lo establecido en el precepto constitucional antes indicado.

En acciones de inconstitucionalidad, una gran cantidad de los pronunciamientos que realizan una recomendación al legislador, al mismo tiempo señalan el plazo en el cual se habrá de enmendar la legislación respectiva de acuerdo con lo sustentado en uno de los considerandos de la sentencia.⁸⁰ No han faltado ocasiones en las cuales la Suprema Corte, además de fijar al legislador un tiempo límite para enmendar la legislación precisada en la sentencia, establece fórmulas más coactivas.⁸¹

⁷⁹ Sentencia del 14 de julio de 2005, resolutivo Segundo, considerando Octavo.

⁸⁰ En ese sentido véanse los siguientes pronunciamientos: acción de inconstitucionalidad 27/2002 (sentencia del 18 de febrero de 2003), acción de inconstitucionalidad 36/2001 (sentencia del 22 de abril de 2003).

⁸¹ *Cfr.* Acción de inconstitucionalidad 2/2004 y su acumulada 3/2004 (sentencia del 16 de marzo de 2004).

También a veces se ha recomendado al legislador que debe enmendar una omisión legislativa dentro de cierto lapso.⁸²

2. Eficacia

La eficacia de la recomendación que se hace al legislador depende de la autoridad de quien la dicta (Juez constitucional) y de la aceptación de quien la debe cumplir (legislador democrático), puesto que no hay forma de garantizar el cumplimiento de la sentencia que exhorte al legislador a hacer algo. Es verdad que en el párrafo final de la fracción III del artículo 105 constitucional se señala que en caso de incumplimiento de las resoluciones que emita la Suprema Corte en los procedimientos de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional.

En lo que interesa, este último precepto establece que "si la autoridad responsable [...] tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda [...]". Sin embargo, se cree que este precepto se refiere al cumplimiento que deben hacer de la sentencia los poderes públicos, con excepción del legislador, ya que sería impensable que, si el legislador no realiza las adecuaciones señaladas por la Corte, aquél deba cesar en sus funciones.

Son discutibles los efectos que derivan del "exhorto" o "recomendación" que se le hace al legislador con este tipo de modalidades sentenciadoras, sobre todo si se considera que dicha recomendación, en muchas ocasiones, no se encuentra en el *decisum* de la sentencia, sino en su *ratio decidendi*. No obstante, esto último no sirve de obstáculo para otorgarle

⁸² Cfr. Acción de inconstitucionalidad 9/97 (sentencia del 11 de diciembre de 1997).

vinculatoriedad a la *ratio decidendi* de la sentencia ni para destacar que, aun cuando no existe forma de obligar al legislador a dar cumplimiento a la recomendación realizada por la Corte, ésta, en muchas ocasiones, lejos de permanecer a la expectativa de lo que haga el legislador, se ubica claramente como *instancia paralegislativa*, al expedir las normas que habrán de suplir la actividad del primero, o bien señalándole explícitamente en cuál forma debe realizar su actividad normativa.

d. Otro tipo de sentencias atípicas

1. Ideas generales y ubicación de este tipo de sentencias

El análisis de las sentencias constitucionales de la Suprema Corte mexicana ha permitido ubicar un grupo de sentencias que, si bien no obedecen a los rasgos característicos (generales) de las sentencias interpretativas en sentido estricto, manipulativas o monitorias, tampoco se podrían encuadrar dentro de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de las disposiciones sometidas a control de manera pura o simple. Por tal motivo, se ha decidido incluir de manera general a estos tipos de sentencias dentro del grupo de las modalidades sentenciadoras "atípicas", aunque puntualizando las siguientes consideraciones.

En primer lugar, las sentencias a las cuales se hará alusión son una creación peculiar de la Suprema Corte mexicana, de ahí que la denominación que se les dio en el presente estudio es discrecional.

En segundo lugar, y como corolario del punto anterior, con relación a este tipo de sentencias no se realiza un estudio doctrinal previo (como con las sentencias interpretativas, manipulativas y monitorias), por tratarse de sentencias que, aun cuando pudieran parecerse a otras categorías pronunciadas en el control de constitucionalidad de otros sistemas de justicia constitucional diversos del mexicano, se reitera que son propias de la Corte de nuestro país.

Una vez hechas estas observaciones, se emprende el análisis, aunque somero, de las sentencias que declaran temporalmente inaplicable una disposición normativa.

2. Sentencias que declaran temporalmente inaplicable una disposición normativa

a. Características

Muchos Tribunales Constitucionales están empleando la técnica de declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, pero no su nulidad, es decir, otorgan a sus sentencias un efecto *pro futuro*. El propio Kelsen previó la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiese prorrogar los efectos de nulidad por un plazo de espera.⁸³ Tal posibilidad pretendía evitar las consecuencias que podrían derivar del vacío legislativo, pues ese plazo de espera permitiría al legislador reemplazar la ley cuestionada por una nueva y constitucional, antes de que la anulación se hiciese efectiva.

Algunas de las sentencias de la SCJN parecen ir en ese sentido, sólo que desde una perspectiva diferente. Con ellas la Corte, después de constatar que la disposición impugnada está afectada de un vicio formal de inconstitucionalidad —mas no de un vicio sustancial o de contenido—, no llega a declarar su invalidez, sino únicamente su inaplicabilidad provisional, bajo el entendido de que una vez transcurrido el plazo de inaplicabilidad, o bien cuando hayan sido superados los vicios de inconstitucionalidad formal señalados por la SCJN, dicha disposición entrará nuevamente en vigor y recobrará su plena eficacia en el ordenamiento jurídico mexicano.

⁸³ Cfr. Kelsen, Hans, *El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, traducción de Domingo García Belaunde, *Dereito*, vol. IV, núm. 1, pp. 218 y ss.

Este tipo de sentencias busca evitar las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez de la disposición impugnada, al tiempo de conservar el Derecho para aplicarlo en el futuro. Es manifiesto que las mismas han sido empleadas, sobre todo, cuando la SCJN ha conocido del control de disposiciones en materia electoral, aunque no son extraños los pronunciamientos de este tipo en relación con otra clase de normas.

Desde el punto de vista de la formulación de este tipo de pronunciamientos, su esquema de funcionamiento —en particular el de las sentencias que declaran inaplicables disposiciones en materia electoral— se compone de dos momentos. En el primero de ellos, al declararse la inconstitucionalidad formal de la disposición reformada o adicionada, se determina que el alcance y efecto de dicha declaración se ciñe a la mera inaplicabilidad. En el segundo, consecuencia del anterior, se reavivan disposiciones legislativas ya derogadas, es decir, opera una *reviviscencia* de disposiciones que estaban vigentes con anterioridad a la disposición declarada inaplicable.⁸⁴

Estos dos momentos que de manera conceptual pueden ser diferenciables entre sí, en realidad se funden para evitar que el proceso electoral a llevarse a cabo de manera inmediata no se quede sin la normativa correspondiente. Y es que, tras la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los artículos reformados o adicionados, lo más adecuado, por motivos prácticos, es que recobren vigencia las disposiciones tal y como estaban redactadas antes de la reforma.

⁸⁴ Este segundo momento, característico de las sentencias de inaplicabilidad de disposiciones en materia electoral, nos hace recordar a las sentencias de la Corte Constitucional italiana en las cuales se indica que determinadas disposiciones tendrán *reviviscencia* como consecuencia de un pronunciamiento que ha declarado la ilegitimidad de una ley abrogadora declarada inconstitucional, es decir, con estas sentencias la Corte da nuevamente vigencia a disposiciones legislativas derogadas. Autores como Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 160 y ss.; Id, "La Corte costituzionale e il legislatore", en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 105; Montella, Mario, *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1992, p. 19, han coincidido en denominar a este tipo de pronunciamientos como sentencias *ripristinatorie*.

El esquema de funcionamiento antes descrito puede ayudar a comprender algunas de las sentencias de inaplicabilidad.⁸⁵ Aunque cabe advertir que dicho esquema no puede emplearse para explicar todos los supuestos de sentencias que declaran temporalmente inaplicable una disposición, pues también entrarán en esta tipología otras decisiones que establecen que la norma impugnada no podrá aplicarse hasta que el legislador realice las adecuaciones indicadas por la misma SCJN, sin que ello implique la *reviviscencia* de otras disposiciones.

En otro orden de ideas, parecen claros los motivos por los cuales la SCJN decide declarar únicamente la inaplicabilidad de las disposiciones impugnadas. El motivo principal es que la Corte entiende que cuando se declara la inconstitucionalidad en virtud de la extemporaneidad de la reforma impugnada, esa declaración únicamente trasciende al próximo proceso electoral, pues respecto de otros posteriores ya no prevalece el vicio de referencia.

Por tanto, lo que da soporte a estas sentencias es que se considera que la declaración de invalidez no siempre es la mejor alternativa para combatir los vicios de inconstitucionalidad, ya que si las violaciones a la Constitución son de carácter formal, pero no de fondo,⁸⁶ no tiene sentido expulsar definitivamente la norma general, porque, una vez superado tal vicio, no existirá algún impedimento para que la disposición impugnada sea completamente acorde con la Constitución. Eso es, al menos, lo que se deduce de los fundamentos jurídicos de este tipo de pronunciamientos.

⁸⁵ Hay quien ha tratado de explicar el funcionamiento de todas las sentencias de inaplicabilidad temporal partiendo exclusivamente de ese supuesto, como si todas ellas respondieran a un idéntico esquema. En ese sentido véase el estudio que efectúa Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., "Tipología de las sentencias...", *op. cit.*, pp. 246-247.

⁸⁶ Una de las peculiaridades de dichas sentencias estriba en que con ellas es posible especular sobre la inconstitucionalidad por vicios formales y por vicios sustanciales. Ellas permiten darnos cuenta de que las sanciones recaídas en uno u otro tipo de vicio de inconstitucionalidad no son idénticas, a pesar de que con ambos se vulneran o incumplen normas de rango constitucional.

b. Ejemplos y efectos

Un ejemplo en el cual se utilizó este tipo de pronunciamiento se encuentra en la sentencia del 1 de diciembre de 1997, recaída en la acción de inconstitucionalidad 6/97. En el considerando Décimo Primero se estableció: "[...] la reforma a la disposición legal [...] no se hizo con la anterioridad constitucionalmente requerida, en virtud de que el plazo respectivo computado a partir del día siguiente al (*sic*) en que se publicó la reforma de mérito (se publicó el nueve de octubre del año en curso) vence el miércoles siete de enero del próximo año, siendo que debía hacerse con más anticipación a efecto de que venciera a más tardar el día sábado tres de enero". Por tanto, en el punto resolutivo Tercero se declaró la invalidez del artículo 42-A, inciso e), del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca, a efecto de que no se aplique ni antes ni durante el proceso electoral de 1998 que tendría lugar en esa entidad federativa.⁸⁷

Desde una perspectiva diversa, conviene mencionar el resolutivo Cuarto de la sentencia del 8 de marzo de 2001, recaída en la acción de inconstitucionalidad 9/2001, en la cual se declaró la validez de la reforma al artículo 47, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado de Tabasco, en la parte que dice: "Artículo 47. [...] no menor de tres meses ni mayor de dieciocho". Pese a todo, en el mismo punto resolutivo se declaró dicha porción normativa inaplicable al proceso extraordinario de elecciones a Gobernador del Estado que tendría verificativo en Tabasco, debiendo estarse al plazo de tres a seis meses previsto en el mencionado artículo 47 antes de su reforma, que en ese aspecto resultaba aplicable.

También existe otro tipo de pronunciamiento que si bien entra en la clasificación de las sentencias que declaran temporalmente inaplicable

⁸⁷ En similares términos que la sentencia referida, puede verse la sentencia del 7 de octubre de 1999, recaída en la acción de inconstitucionalidad 9/99 y su acumulada 10/99.

una disposición (al declararse en ellas que la norma constitucional respectiva no podrá ser aplicada en tanto no se realicen las reformas o modificaciones respectivas por el Congreso Estatal), su formulación responde a una argumentación diferente de los pronunciamientos a los que se ha hecho alusión a lo largo de este epígrafe (aunque también se podría encuadrar dentro de las sentencias monitorias), esto es que en él no se precisa que pasado el proceso electoral respectivo volverá a cobrar vigencia el precepto declarado inaplicable o que en el proceso electoral próximo inmediato volverá a cobrar vigencia una disposición que ya había sido derogada por la declarada inaplicable.⁸⁸

En fin, aunque este tipo de pronunciamientos son mejores que aquellos que declarasen la constitucionalidad pura o simple del precepto afectado por un vicio formal de constitucionalidad, habría que analizar si estas decisiones sobre la inaplicabilidad del precepto son legítimas o no, sobre todo si se toma en cuenta que dentro de las facultades de la Suprema Corte está la de declarar la validez o la invalidez de las disposiciones reputadas como inconstitucionales, mas no (como ella ha manifestado) la de declarar, por ejemplo, la inaplicabilidad de un precepto para que no se aplique en el próximo proceso electoral.

Asimismo, tendría que precisarse si jurídicamente es justificado que vuelvan a cobrar vigencia preceptos ya derogados, porque para que éstos pudieran subsistir habría que dar efectos retroactivos a la sentencia, esto es anular las reformas desde que se crearon, de modo que desaparecieran desde su entrada en vigor hasta la fecha en que tuviera efectos la resolución respectiva, cuando lo cierto es que de acuerdo con las disposiciones de la Ley Reglamentaria de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, dichas consecuencias no pueden tener lugar, lo cual no puede ser desconocido por la Suprema Corte.

⁸⁸ En esa tesitura puede verse la sentencia del 18 de febrero de 2003, pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 26/2002.

D. Consideraciones finales sobre las sentencias atípicas

Resulta paradójico que la SCJN estipule la imperiosa necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la certeza del Derecho y que, sin embargo, mediante algunas sentencias atípicas ocasione incertidumbre jurídica. Esa incertidumbre se origina cuando el Tribunal Constitucional mexicano pronuncia una sentencia interpretativa incluida en una sentencia desestimatoria, sin señalar específicamente en los puntos resolutivos cuál es la interpretación considerada constitucional o inconstitucional, sino que en el *decisum* (y esto es también poco frecuente) sólo realiza una remisión a alguno de los considerandos de la sentencia para saber el sentido de la disposición impugnada.

El problema se agrava considerablemente en aquellos casos en los cuales la motivación de la sentencia establece qué interpretación o interpretaciones son constitucionales y qué interpretación o interpretaciones son inconstitucionales sin que aparezca después reflejada esa condición interpretativa de la sentencia, ni siquiera indirectamente, en alguna parte del fallo.

Esta forma de pronunciar sentencias atípicas provoca inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma. Además, impide que el Juez ordinario o cualquier otro operador jurídico especializado pueda detectar cuál es la interpretación que la SCJN ha establecido como conforme o contraria a la Constitución. Esto se complica todavía más si la parte de texto que contiene la motivación de la sentencia es demasiado extenso y de un estilo farragoso, poco claro y contradictorio,⁸⁹ pues con ello se hace muy difícil precisar qué sigue siendo Derecho y qué ha dejado de serlo después del pronunciamiento de la Corte.

⁸⁹ Esta situación imperaba en los pronunciamientos de la SCJN mexicana. No obstante, conviene indicar que la situación paulatinamente parece estar cambiando con apoyo en un modelo que pretende simplificar el contenido de la jurisprudencia constitucional.

Por tanto, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, sería conveniente que en la sentencia se establezca en la parte resolutive el sentido en el cual una disposición es considerada constitucional o contraria a la Constitución, o bien, que por lo menos se establezca en alguno de los puntos resolutive que el precepto impugnado es constitucional o inconstitucional si se interpreta en la forma indicada en un específico considerando de la sentencia.

Por otra parte, es preferible que la Suprema Corte señale cuál interpretación o interpretaciones son contrarias a la Constitución (sentencia interpretativa estimatoria), en lugar de señalar cuál interpretación o interpretaciones son constitucionales (sentencia interpretativa desestimatoria), pues las sentencias interpretativas estimatorias permiten conservar en mayor medida la obra del legislador y, en cierto modo, otorgan mayor libertad para que los Jueces ordinarios puedan desarrollar la función interpretativa que les corresponde.

Esta aseveración se sustenta en que cuando el Tribunal Constitucional indica únicamente cuál es la interpretación considerada constitucional o correcta, está limitando el campo de las demás interpretaciones que también pudieran ser admisibles desde una perspectiva constitucional. Así, será preferible el empleo de sentencias interpretativas estimatorias, pues éstas, al descartar solamente las interpretaciones cuya inconstitucionalidad ha sido constatada, implícitamente consideran que todos los demás sentidos son constitucionales; eso sí, en tanto no surja otro pronunciamiento de la Corte que declare la inconstitucionalidad de otra de las interpretaciones derivadas de esa misma disposición.

Ahora bien, las sentencias manipulativas regularmente son catalogadas como estimatorias, porque declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo de la disposición cuestionada. No obstante, existen también sentencias que al adoptar la forma de un pronunciamiento interpretativo desestimatorio, materialmente son manipulativas, pues el efecto que realmente producen en la disposición es el de reducir, ampliar o sustituir su contenido normativo.

Se podría pensar que las sentencias monitorias afectan la libertad de configuración normativa correspondiente al legislador, sobre todo cuando incluyen recomendaciones que orientan la futura actividad legislativa con criterios directivos más penetrantes o cuando se establece un plazo para que el legislador actúe. Sin embargo, esa invasión a la libertad del legislador no se produce porque, normalmente, la manifestación del Juez constitucional es sólo una invitación o recomendación que el legislador puede seguir o no. Además, en caso de que decida adoptarla, él decide cómo hacerlo.

Las sentencias interpretativas en sentido estricto y las sentencias manipulativas comparten las siguientes características:

a) En todas ellas se modifica, de alguna forma, el contenido normativo que originalmente formaba parte de la disposición controlada. Ese cambio en el contenido sustancial de la disposición se origina como consecuencia de la invalidez de una palabra, una frase o, incluso, un signo de puntuación del precepto, o bien, como consecuencia de la expulsión o adición de una norma para que la disposición sea reputada constitucional, y

b) Con independencia de que adopten un pronunciamiento formalmente estimatorio o desestimatorio, entrañan una declaración de inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución, es decir, todas ellas son materialmente estimatorias, pues entienden que al menos una, entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución, o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado *alternativa* (sentencias interpretativas en sentido estricto) o *conjuntamente* (sentencias manipulativas) de la disposición impugnada, es inconstitucional. Por consiguiente, decir en la sentencia que la ley no es inconstitucional si se le interpreta de una forma, sólo significa que la misma es inconstitucional en otro sentido, el cual queda desechado.

Las principales diferencias entre estas citadas dos clases de sentencias son que mientras las interpretativas en sentido estricto son meramente declarativas, las manipulativas, por el contrario, son innovadoras, pues transforman el significado de la ley. Esto es, con las primeras el órgano de control constitucional restringe el margen interpretativo siempre en relación con significados posibles de la disposición; con las segundas, en cambio, la norma que el Juez constitucional expulsa, o bien aquella añadida como significado de la disposición, no es obtenida de la disposición, sino de la Constitución. El desconocimiento de esta distinción es lo que ha llevado a generar múltiples equivocaciones al considerar las sentencias manipulativas como una categoría de las sentencias interpretativas.

Las sentencias manipulativas no provocan la sucesiva intervención del legislador, puesto que la propia Suprema Corte crea la norma que se superpondrá a normas ya existentes. Las sentencias monitorias, en cambio, se abstienen de realizar una intervención directa sobre el ordenamiento jurídico (no crean normas), pues se limitan a sugerir o recomendar al legislador que debe crear o modificar la normativa de una determinada materia, esto es, tienen la finalidad de incitar la actividad legislativa.

En sintonía con lo antes indicado, cabría plantearse, por ejemplo, si en el supuesto de que una disposición contenga omisiones relativas que ocasionen situaciones discriminatorias, no sería más correcto que la Corte, en lugar de pronunciar una sentencia manipulativa de tipo aditivo, mejor exhorte al legislador —con una sentencia monitoria— a eliminar la situación discriminatoria (incluso si se le indica el camino a seguir).

Esta última solución tal vez es la más adecuada desde el punto de vista del debido respeto entre los órganos del Estado. Sin embargo, no en todos los casos será preferible adoptar un pronunciamiento monitorio en lugar de uno manipulativo, pues se debe recordar que el legislador no siempre cuenta con la agilidad o el tiempo suficiente para colmar el vacío legislativo ocasionado por la disposición expulsada del ordenamien-

to jurídico (sentencia monitoria contenida en un pronunciamiento estimatorio), o bien para realizar las adiciones o reformas con base en las recomendaciones que la Suprema Corte le ha indicado con la finalidad de combatir la situación de inconstitucionalidad (sentencia monitoria contenida en un pronunciamiento desestimatorio). Por tanto, para saber cuándo es admisible la utilización de uno o de otro tipo de sentencia, el Tribunal Constitucional deberá considerar cuál solución se presenta como la más adecuada y justa para cada situación y cuál es la que menos daño causa al sistema jurídico.

Varios de los pronunciamientos que la SCJN ha emitido se encuadran dentro de la clasificación y tipología de las sentencias atípicas que emiten los Tribunales Constitucionales americanos, europeos y asiáticos, aunque las sentencias de la Suprema Corte mexicana adoptan ciertos matices con relación a los elementos comunes de cada una de esas modalidades. También es posible encontrar en la jurisprudencia de la SCJN algunas sentencias que no encuentran referente en otros sistemas de justicia constitucional, puesto que constituyen soluciones a problemas que derivan de la configuración particular del sistema jurídico mexicano.

En México, la emisión de sentencias atípicas por la SCJN no va a generar tensiones entre ésta y los demás integrantes del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas. Ello se explica en virtud de que la Corte es el intérprete supremo de la Constitución y también es el órgano de cierre de todo el sistema jurídico; por tanto, puede establecer, con efectos vinculantes para todos los Tribunales del país, cuál es la interpretación constitucional o inconstitucional de la ley.

La Suprema Corte, en el desarrollo de su actividad creadora de Derecho, debe estar sometida a límites de diversa naturaleza. Sin embargo, el único límite real parece estar representado por el *self-restraint* que le puede disuadir con frecuencia (aunque no siempre) de invadir abiertamente el terreno del legislador; de ahí que exista la imperiosa necesidad de que la Corte autolimite el carácter creativo de su jurisprudencia constitucional.

Finalmente, se señalan las siguientes pautas que podrían servir de orientación a la SCJN al momento de emitir sentencias atípicas:

1. Cuando exista la posibilidad de establecer una interpretación *secundum Constitutionem*, el requisito será que dicha interpretación sea producto de las normales reglas hermenéuticas de la interpretación jurídica, pues lo que no se debería hacer es reconstruir una norma en contra de su sentido evidente para concluir que esa es la norma acorde con la Constitución.

2. Para adscribir el sentido de una disposición deben tomarse en cuenta las pautas de interpretación vigentes en una determinada comunidad, de tal modo que no quepa deducir de un enunciado legal alguna norma contraria al posible sentido lingüístico del precepto. Sólo cuando el tenor de la disposición sea ambiguo, la SCJN, clarificando su sentido, podrá conservarla en el ordenamiento jurídico, pero nunca a costa de desfigurar su contenido.

3. Cuando la supuesta interpretación conforme con la Constitución se deba obtener forzando el texto legal impugnado, lo más adecuado es una sentencia de estimación pura o simple, pues la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*.

4. Si del texto deriva necesariamente una interpretación que sólo en parte es inconstitucional (sin que quepa una interpretación alternativa plenamente constitucional), la SCJN debería emitir una sentencia interpretativa de estimación, que declare la inconstitucionalidad parcial del precepto "en la parte en que" su contenido normativo es incompatible con la Norma Suprema.

5. Las sentencias interpretativas sólo deben presentarse en aquellos casos en los cuales, por lo menos, una de las normas derivadas de la disposición es inconstitucional. Por tanto, lo que no debería hacer la SCJN es declarar la inconstitucionalidad de una interpretación alternativa que

en realidad no puede derivar de la disposición normativa sometida a control; en este supuesto no será necesario eliminar dicha interpretación mediante el uso de una sentencia interpretativa, pues bastará utilizar una sentencia desestimatoria pura y simple.

6. El uso de sentencias reductoras debe limitarse a aquellos casos en los cuales la disposición contenga varias normas independientes y alguna de ellas sea claramente contraria a la Constitución.

7. En el caso de las sentencias aditivas, la norma que se añade no puede ser consecuencia de una valoración discrecional, sino que debe deducirse inmediatamente del juicio de constitucionalidad, por lo cual se requiere que la SCJN amplíe el contenido normativo de la disposición impugnada, siempre que ello sea estrictamente necesario y teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición.

8. La SCJN no debería utilizar sentencias sustitutivas, puesto que constituyen una evidente trasgresión de las competencias propias del legislador democrático.

E. Fuentes de consulta

Aguilar López, Miguel Ángel, "Sentencias de amparo: efectos, motivación e interpretación constitucional y convencional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

Aragón Reyes, Manuel, "El sistema español de Justicia Constitucional", en Aragón Reyes, Manuel y Solozábal Echavarría, Juan José, *Materiales de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Carperi, 1994.

Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.

Branca, Giuseppe, *Collegialità nei giudizi della Corte Costituzionale*, Padua, Cedam, 1970.

Caamaño Domínguez, Francisco y AA.VV., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw-Hill, 2000.

Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, mayo-agosto de 1995.

Colapietro, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, Pacini Editore, 1990.

Crizafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. II, 5a. ed., Padua, Cedam, 1984.

D'orazio, Giustino, "Le sentenze costituzionale additive tra esaltazione e contestazione", en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, tom. I, año XLII, 1992.

Duni, Giovanni, "L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa", en *Scritti in Onore di C. Mortati*, vol. IV, Giuffré, Milán, 1977.

Escobar Fornos, Iván, "Las sentencias constitucionales", en *Estudios Jurídicos*, tomo I, Managua, Hispamer, 2008.

Estrada Sámano, José Antonio, "Inconstitucionalidad de las leyes en la reforma judicial", en *Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho*, núm. 19, año 19, México, 1995.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Falzea, Paolo, "In tema di sentenze di accoglimento parziale", en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale (atti del Convegno di Trieste 26-28, maggio 1986)*, Milán, 1988.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 1001 voces, Tercera Edición, In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Fernández Segado, Francisco, "La defensa de la Constitución en España", en *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, UNAM/SCJN, 1997.

Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

Fix-Fierro, Héctor, "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", en *La reforma constitucional en México y Argentina*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 19, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/Corte de Constitucionalidad de Guatemala/Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, 1996.

Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, México, Porrúa/UNAM/IMDPC, 2009.

Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, traducida al español en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.

—————, *El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, traducción de Domingo García Belaunde, *Dereito*, vol. IV, núm. 1.

Lujambio Irazábal, Alonso, "Una aproximación desde la ciencia política", en *Reformas al Poder Judicial*, México, UNAM, 1995.

Malfatti, Elena, Panizza, Saulle y Romboli, Roberto, *Giustizia Costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2003.

Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Modugno, Franco, "Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e Potere Legislativo", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Guifrè, Milán, año XXXIII, fasc. 1, segunda parte, 1988.

Monteleone, Girolamo, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Padua, Cedam, 1984.

Montella, Mario, *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1992.

Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004.

Occhiocupo, Nicola, "La Corte Costituzionale come giudice di opportunità delle leggi", en Occhiocupo, Nicola (ed.), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realta sociale*, Milán, Il Mulino, 1984.

Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., "Tipología de las sentencias constitucionales que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Corzo Sosa, Edgar (coord.), I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, México, IJ-UNAM, 2009.

Palacios Alcocer, Mariano y Castellanos Madrazo, J. Francisco, "Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

Pizzorusso, Alessandro, "Las sentencias 'manipulativas' del Tribunal Constitucional italiano", en *El Tribunal Constitucional*, I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

Rivera León, Mauro Arturo, "Controversia constitucional (alcances y efectos de las sentencias)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1001 Voces, In memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 22, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4a. ed., tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2002.

_____, "Las sentencias constitucionales exhortativas", en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 4, núm. 2, noviembre de 2006.

Vecina Cifuentes, Javier, "El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad", en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 1, núm. 2, 1993-1994.

Vignudelli, Aljs, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia "normativa" delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1988.

Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2a. ed., 1977.

_____, "La Corte costituzionale e il legislatore", en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bolonia, Il Mulino, 1982.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, "Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola, Figueroa Mejía, Giovanni A. y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1001 Voces, In memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Zapata Larraín, Patricio, "Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Santiago, año 4, núm. 2, noviembre de 2006.

17. La jurisdicción constitucional y sus aportes en Nicaragua

Iván Escobar Fornos*

* Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Ex Presidente del Foro de Presidentes de las Asambleas Legislativas de Centroamérica (PROPEL). Se le ha otorgado la Orden de San Raimundo de Peñafort del Reino de España, la Orden del Soberano en el grado de Gran Cruz, de Guatemala, la Orden Mexicana del Águila Azteca y la Orden de Cruz de Oro de la República hermana de China.

SUMARIO: A. Sistema de control; B. Naturaleza de las disposiciones constitucionales; C. Los aportes y cambios atribuidos a la jurisdicción constitucional; I. Elemento fundamental de la democracia; II. Las sentencias constitucionales; III. Función de integración; IV. El principio de convencionalidad; 1. Supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; V. Diálogo entre tribunales e interpodere; D. Nuestra Justicia constitucional, sus aportes y problemas; I. El abuso del derecho; II. El debido proceso; E. El valor del preámbulo constitucional; F. El preámbulo en nuestro constitucionalismo; I. El preámbulo y su eficacia en nuestra Constitución; II. Supresión o modificación del preámbulo; G. La reelección; H. ¿Reforma total o parcial de la Constitución?; I. Poder Constituyente originario; II. Poder Constituyente institucional; III. Poder Constituyente para la reforma total; IV. ¿Reforma total o parcial de la Constitución?; I. Aplicación del habeas data.

A. Sistema de control

El sistema de control constitucional no sólo puede estar atribuido a los tribunales constitucionales, sino también a los jueces ordinarios o a un sistema mixto como el nuestro y el de varios países de América Latina. No tomamos en consideración: *a)* el control legislativo por ser autocontrol por el mismo poder que dicta la ley, decreto legislativo, reglamento, que han adoptado algunos países del bloque comunista, como la Constitución Popular de China de 1954, la Constitución Federal Centroamericana de 1824 y la Constitución de Nicaragua de 1838; *b)* el control por el Poder Ejecutivo como lo establecido por el régimen franquista en la Ley Orgánica del Estado español que, después de ciertos trámites, quien resolvía era el Jefe de Estado.

Ambos sistemas tienen carácter político e inaceptable por no ofrecer garantías de imparcialidad y eficiencia.

El control por el Jefe de Estado tiene el apoyo del jurista nazi Carl Schmitt en su famoso libro *La defensa de la Constitución*,¹ muy citado en relación con otros temas constitucionales por autores de la democracia. Éste fuertemente atacado por el fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, en su libro *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*² Quien se pronunció en favor del Tribunal Constitucional concentrado y fue el creador del mismo.

El sistema más aceptado de control constitucional es el judicial, el cual puede ser inherente a ese poder; por ejemplo, el sistema difuso de Estados Unidos, aunque no fue previsto en la Constitución de manera expresa sí fue, implícitamente —por formar parte de su estructura— detectado y desarrollado por el famoso juez del Tribunal Supremo John Marshall en el caso *Madison vs. Marbury*, quien fundó su tesis del control por el Tribunal Supremo, en los artículos III, sección ii y el VI, inciso ii, de la Constitución estadounidense. En *El Federalista*, Alexander Hamilton, le atribuyó la función, como propia y de su competencia, de interpretar las leyes.³

Ahora bien, el control de constitucionalidad judicial puede estar establecido en una Sala de la Corte Suprema de Justicia como en Costa Rica y El Salvador.

En Nicaragua actualmente los recursos de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento y de inconstitucionalidad por omisión, le corresponde conocer al Pleno de la Corte Suprema de Justicia; el amparo y el *habeas data* a la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la nueva Ley de Justicia Constitucional de 20 de diciembre de 2018.

¹ Cfr. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1998.

² Cfr. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

³ Cfr. Hamilton, Alexander y Jay, John, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Los tribunales constitucionales pueden estar ubicados fuera del Poder Judicial como en Guatemala y España o adscrito al Poder Judicial como en Colombia.

B. Naturaleza de las disposiciones constitucionales

Es trascendental conocer bien la naturaleza y estructura de las disposiciones constitucionales para comprender el amplio margen de interpretación y aplicación por la justicia constitucional.

La norma jurídica está integrada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Si son infraconstitucionales por lo regular son concretas en el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica; en cambio, las normas constitucionales por su propia naturaleza son generales, vagas, ambiguas y principistas.

Encontramos algunas normas constitucionales con un supuesto de hecho concreto y su consecuencia jurídica, como podrá observarse en las disposiciones citadas en el párrafo siguiente. Para esta explicación tomaremos como base las disposiciones de la Constitución de Nicaragua y de su Código Civil. Pongamos algunos ejemplos: quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas;⁴ no tendrán valor alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan a la Constitución o alteren sus disposiciones,⁵ que es la sanción general de defensa de la supremacía de la Constitución sobre la normativa ordinaria y leyes constitucionales; la calidad de ciudadanos se pierde por adquirir otra;⁶ se prohíbe la confiscación de bienes y el funcionario que la realiza se sujeta a pagar los daños y perjuicios;⁷ la expropiación

⁴ Código Civil de la República de Nicaragua, artículo 1860. Norma infraconstitucional.

⁵ Constitución Política de Nicaragua, artículo 182.

⁶ *Ibid.*, artículo 20.

⁷ *Ibid.*, artículo 44.4.

de los bienes debe ser pagada de previo;⁸ la detención ilegal causa responsabilidad civil y penal para la autoridad que la ordene;⁹ las concesiones obtenidas por los diputados o los contratos en los cuales compareció como apoderado, de manera pública o extranjera, en la contratación con el Estado, son nulas las ventajas obtenidas y causa la pérdida de la representación.¹⁰

C. Los aportes y cambios atribuidos a la jurisdicción constitucional

No son pocos los aportes de la jurisdicción constitucional como apreciaremos a continuación.

I. Elemento fundamental de la democracia

La jurisdicción constitucional es una pieza fundamental de la democracia, mantiene el balance de la división de poderes, adapta a la Constitución y a las leyes ordinarias al avance de los nuevos tiempos de la ciencia, la tecnología, el desarrollo social, cultural y político. La Constitución no es letra muerta, un simple papel mudo; por el contrario, vive y da respuestas a las situaciones y conflictos simples y compuestos dentro del marco de competencia señalado por ella.

Todavía, ya sin aceptación práctica, su legitimidad es controvertida por querer mermar o sustituir a la democracia del pueblo, representado por el Poder Legislativo.

La desconfianza de los jueces de la Revolución francesa por los vicios que tenían en el Antiguo Régimen provocó que se sostuviera que los jueces eran simplemente la boca de la ley. Idea desmentida por la Revolución

⁸ *Ibid.*, artículo 44.2.

⁹ *Ibid.*, artículo 33.4.

¹⁰ *Ibid.*, artículo 135.

estadounidense, anterior a la francesa, que confiaba en los jueces para la justicia constitucional y que le ha dado excelentes resultados.

Por otra parte, se han creado varios métodos de interpretación de la Constitución y la ley, pasando el juez a ser personaje central del derecho.

II. Las sentencias constitucionales

El juez constitucional se encuentra ante una compleja variedad de sentencias: las clásicas o tradicionales y las denominadas atípicas del derecho procesal constitucional —por no estar previstas en la ley y apartarse del modelo de solución de las clásicas—, y también algunas ya consagradas en la ley de ciertos países, las cuales también son denominadas sentencias manipulativas porque el juez al interpretar la ley o disposición le da un sentido que no es representativo, un contenido que no expresaba en su origen.

Estos nuevos tipos de sentencias atípicas rompen con la división clásica del derecho procesal ordinario entre sentencias estimatorias y desestimatorias, las cuales normalmente son aquellas reguladas por las leyes o los códigos procesales constitucionales. Existe un arsenal de estas sentencias atípicas como auxiliares o para solucionar casos difíciles o controvertidos. Sólo examinaremos algunas de ellas.

Las sentencias prospectivas y de mera inconstitucionalidad tienen las siguientes finalidades:

a) Las sentencias prospectivas tienen por finalidad moderar los efectos de la retroactividad mediante la tutela de situaciones dignas de protección por así exigirlo la seguridad jurídica, como la protección a terceros de buena fe, las prescripciones consolidadas, entre otras. Este tipo de protección se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (*Linketter vs. Walter 1965* y *Stowall 1967*), lo mismo que en el ordenamiento jurídico de nuestro país y el de otros, como en Portugal y Costa Rica.

b) Las sentencias de mera inconstitucionalidad declaran la inconstitucionalidad de la ley, pero sin nulidad y se recomienda al legislador que enmiende la ley o disposición declarada inconstitucional.

c) Otro tipo de sentencias son las interpretativas en las que existe un doble pronunciamiento: Con el primero no se declara la constitucionalidad de una de las normas de la ley y, en el segundo se declara la inconstitucionalidad de otra norma de la misma ley por violar la Constitución. La parte que declara la inconstitucionalidad, en la parte dispositiva o en la considerativa, expulsa del ordenamiento jurídico dicha norma. La parte que declara la constitucionalidad de la norma, en la mayoría de las legislaciones, no impide que, con posterioridad, se hagan interpretaciones diferentes, salvo en legislaciones como la nicaragüense que no lo permite, pero existen algunas situaciones en que es posible hacerlo.

En otras palabras, en las sentencias interpretativas el juez constitucional no declara la inconstitucionalidad de la disposición, sino de la interpretación errónea o aplicación indebida que hacen de ella las autoridades judiciales o administrativas de dicha disposición, en clara oposición a la Constitución.

Por lo general, en las legislaciones, este tipo de sentencias no impiden que los jueces y autoridades administrativas hagan interpretaciones diferentes a la del juez constitucional, siempre que tal interpretación sea compatible con la Constitución, sus principios y valores.

Esta posibilidad de aceptar el criterio interpretativo del juez constitucional o hacer otra interpretación conforme a la Constitución es propia de los sistemas en los que la Corte de Casación es la que interpreta la ley ordinaria, expresando la última palabra.

Cuando se le otorga al juez constitucional la potestad de interpretar las leyes ordinarias sometida al control constitucional se produce un conflicto entre aquel juez y el tribunal de casación que con frecuencia no

acepta las interpretaciones de las leyes que realizan los tribunales constitucionales, de lo cual resultan divergencias graves. Esto produce inseguridad al justiciable. Sin embargo, tiene la ventaja de promover más interpretaciones y facilitar la creatividad de los jueces.

d) Las sentencias exhortativas se dictan cuando existen dudas sobre la inconstitucionalidad de la ley surgida dentro de los procesos ordinarios o constitucionales. Son sentencias desestimatorias de la impugnación de la inconstitucionalidad, pero ante las dudas de la inconstitucionalidad, se exhorta al parlamento señalando directrices y orientaciones para mejorar o corregir la ley con objeto de que logre constitucionalidad. En Italia, ante la posibilidad de que el legislativo haga caso omiso a las recomendaciones, se encontró la fórmula de *la doppia pronuncia* en la que se dictan dos sentencias, en la primera se establece que de no ejecutarse la recomendación dentro del plazo señalado en ella, se dictará una segunda sentencia en la que se declarará la inconstitucionalidad de la ley impugnada.

e) Las sentencias apelatorias tienen su origen en Alemania y se aplican en materia de escuela sin previsión legal, impuestos sobre venta, equiparación de las pensiones de viudos y viudas y otros supuestos. En estas sentencias no se considera todavía la inconstitucionalidad de la ley, por lo que se apela o llama a la Asamblea para que la ajuste a la Constitución o evite una sobrevenida inconstitucionalidad. Son sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad y el llamamiento se hace en la parte dispositiva o en la considerativa, en las que con frecuencia se establece un término para su cumplimiento. Austria tiene otra técnica frente la discusión doctrinal de si la sentencia apelatoria es obligatoria o no para el parlamento. En esta nueva técnica se dicta una sola sentencia, en cuya parte dispositiva se declara que, si el legislador no cumple en el plazo señalado, la ley queda automáticamente anulada. Los efectos anulatorios de estas sentencias están sujetos a la condición suspensiva de que se extinga el plazo sin que la Asamblea Legislativa haya realizado las recomendaciones. Estas sentencias tienen como propósito evitar roces con el

Poder Legislativo y que no aparezca el juez constitucional como legislador negativo.

No considero que las técnicas de las sentencias del sistema austriaco puedan aplicarse en Nicaragua, en cambio las exhortativas sin plazo podrían admitirse.

f) Las sentencias apelatorias y exhortativas deben aplicarse con mucha prudencia.

En virtud de las sentencias aditivas, otro tipo de sentencias, se agrega a la disposición impugnada un supuesto de hecho que no prevé, por lo que del Tribunal o Sala Constitucional adicionan un contenido normativo para solucionar el caso, sin hacer una interpretación extensiva y sin alterar el texto de la disposición. Se declara la inconstitucionalidad por lo que omite la ley y no por el supuesto que prevé.

El juez constitucional debe tener mucha prudencia y cuidado para pronunciar este tipo de sentencias y restringirlas a casos estrictamente indispensables con el respaldo constitucional; no se aplican en materia penal porque no lo permite el principio de legalidad; la prudencia indica que estas sentencias aditivas pueden tener efectos financieros trascendentales para el Estado que no puede asumir; el juez constitucional no debe dictar sentencias aditivas cuando existe otro tipo de solución, dejando al Poder Legislativo que escoja la más adecuada.

La Corte Constitucional de Italia, a fin de evitar roces con el Parlamento, recurre a las sentencias aditivas de principio, cuya finalidad no es dictar normas, sino principios con base en los cuales el legislador pueda desarrollar las normas con las que, usualmente, se señalan plazos para que el legislador actúe.

Un caso típico de esta sentencia es la que extiende la pensión de viudez a favor de las viudas y viudos o viceversa y, considero que, en los tratos

desiguales en nuestro sistema pueden aceptarse las sentencias aditivas para cumplir con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

g) También existen las sentencias sustitutivas que son de dos tipos.

En virtud de la primera se declara la inconstitucionalidad parcial del texto, de la disposición y también de la norma derivada del texto y se incorporan nuevas normas que sustituyen a la declarada inconstitucional. Para ciertos casos se usa la técnica de suprimir palabras o párrafos con el fin de que el artículo cambie su contenido o su sentido original o agregar una nueva norma que sustituye la anulada.

Este tipo de sentencias han suscitado una serie de controversias en la doctrina, aunque en algunos países se aceptan por la jurisprudencia.

En Sudáfrica se derogó en 1991 una ley, modificada en 1996, que en su artículo 25 concedía al esposo o esposa de un residente permanente el derecho de obtener automáticamente un permiso de residencia. Los recurrentes impugnaron la inconstitucionalidad de dicha ley porque la consideraban discriminatoria, ya que no cubría a los extranjeros que mantuvieran una relación homosexual. La Corte Constitucional estimó que el vocablo "esposo (a)" no incluía a la pareja homosexual y, como consecuencia, era discriminatoria para dicha pareja y violaba su dignidad e igualdad. Declaró la inconstitucionalidad del artículo citado y además lo complementó, incluyendo después del término "esposo (a)" la expresión "o pareja del mismo sexo en una relación estable".

El otro tipo de sentencias sustitutivas son aquellas que ponen en vigencia la ley que fue derogada por la ley declarada inconstitucional, mientras el legislador regula la materia sumida en el vacío, a fin de evitar trastornos y mantener el imperio de la seguridad y la paz social. Se ha aplicado por la jurisprudencia de Costa Rica y de otros países.

h) Las sentencias simplemente recomendatorias.

La nueva Ley de Justicia Constitucional de 20 de diciembre de 2018 dispone que cuando el Poder Legislativo no aprueba la ley a que está obligado hacer por la Constitución, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia le concederá el plazo de 180 días para iniciar el procedimiento de formación de la ley.¹¹

Pero la tramitación podría quedar paralizada por cualquier causa. Para esta situación la ley no prevé solución. Podría ser una negociación de la Corte Suprema de Justicia y la Asamblea Legislativa.

III. Función de integración

No es posible que el legislador ordinario y constitucional establezca todas las situaciones y casos que ofrece la sociedad, en pleno desarrollo, para darles solución.

Existen lagunas que pueden ser premeditadas para no regular el tema o puede ser por olvido.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación, creó el amparo de manera pretoriana en el caso Angel Siri en 1957. Luego, en el caso de Samuel Kot de 1958, extendió su competencia a dos modalidades: control contra el Estado y control contra los particulares, éste ahora aceptado por varias Constituciones como la de Nicaragua y México, con ciertas limitaciones.

IV. El principio de convencionalidad

I. Supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra derechos y libertades a favor de las personas y obligaciones a cargo del Estado con

¹¹ Ley de Justicia Constitucional, Ley. No. 983, Nicaragua, artículos 79-87.

la finalidad de que sean incorporados y respetados en el ámbito nacional. Si esta obligación no se cumple se permite recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el artículo 1 de la Convención se establece la obligación de los Estados parte a respetar los derechos y las libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política de cualquier otra índole, o cualquier otra condición social.

En este artículo se garantiza fundamentalmente una obligación de no hacer, aunque pueden surgir de hacer.

En el artículo 2 se establece el deber de los Estados, cuando no estuvieren garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter los derechos y libertades de la Convención, de adoptar con arreglo de sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos. En este artículo se garantiza fundamentalmente obligaciones de hacer, aunque pueden combinarse con las de no hacer.

Estos dos artículos desarrollan el control de convencionalidad, importante y eficiente instrumento jurídico de los tratados internacionales para lograr su cumplimiento. En virtud de este instrumento los Estados deben garantizar y respetar los derechos consagrados en la Convención y adaptar el derecho interno a lo estipulado en ella.

Esto trae importante modificación en el derecho interno de los Estados.

En el siglo XX y comienzos del XXI surgen dos institutos de vital importancia para la protección de los derechos humanos. La justicia consti-

tucional que cubre el cumplimiento de toda la Constitución y es un elemento fundamental del Estado constitucional de derecho; y el control de convencionalidad, ambos complementarios e indispensables como la división de poderes.

El juez nacional ejerce ambos controles. El de constitucionalidad realiza una confrontación de la norma interna y la Constitución; en el de convencionalidad la confrontación es de la norma interna con la Convención Interamericana. El control de convencionalidad puede ser a nivel internacional o nacional.

En el ámbito internacional cuando se expide por el Estado una Constitución, reforma a las mismas, leyes ordinarias, sentencias, actos administrativos, prácticas administrativas y judiciales, en contradicción de los artículos 1 y 2 de la Convención violando los derechos humanos reconocidos en ella. También procede por omisión al no dictar la ley o acto que falta para ajustarse a la Convención (en caso concreto).

Este es un control concentrado y concreto realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para tal efecto se realiza una confrontación entre norma jurídica interna y el convenio. No existe el control abstracto y popular.

En el control nacional el juez desaplica el acto y la norma interna por considerar que la Constitución, su reforma, las leyes, sentencias, actos administrativos, están en contradicción con los derechos humanos consagrados en el Convenio, mediante una confrontación en un caso concreto, dictando la sentencia que protege los derechos individuales. Este control se hace de oficio, según la sentencia de la Corte Interamericana del 24 de noviembre de 2006, caso *Gómez Palomino vs. Perú*.

Son numerosas las sentencias de la Corte Interamericana dictadas para la solución de las violaciones a la Convención.

Como consecuencia de este control local de convencionalidad de la interpretación, si una interpretación de la Corte no coincide con lo establecido en la Constitución o ley del país, el juez nacional está obligado a inaplicarlas.

El control de convencionalidad se extiende a las normas del convenio, a la interpretación de tales normas que realiza la Corte Interamericana en las opiniones consultivas y sentencias de casos controvertidos, todo de oficio, lo que representa una mutación por adicción, no previsto en la Convención, por lo que es una creación pretoriana.

Se extiende también al Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la erradicación de la violencia contra la Mujer, la Convención de Desapariciones Forzadas, etcétera, y todos los instrumentos internacionales del artículo 46 de la Constitución Política de Nicaragua.

En Nicaragua el control de convencionalidad encuentra serios problemas: *a)* ni la Constitución ni la Ley de Justicia Constitucional establecen el control de convencionalidad; *b)* el artículo 182 de la Constitución declara que la Constitución Política es la Carta Fundamental de la República. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones; *c)* la Ley de Justicia Constitucional, en el artículo 2, establece que los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional; *d)* el Código Procesal Civil en el artículo 24 dispone que las autoridades judiciales deben resolver siempre las pretensiones de las partes aplicando la prelación y la prioridad siguientes: primero la Constitución Política, después las leyes constitucionales e instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos establecidos en la Constitución Política, luego, en tercer lugar de jerarquía, las leyes ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia, dentro del conflicto de competencia y constitucionalidad planteado ante ella por el Presidente de la República, el 22 de marzo de 2004, declaró inconstitucional la parte citada del literal f) del artículo 22 del referido Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia por no ser competencia de esta Corte, sino de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, resolver y conocer de los conflictos de competencia entre los poderes u órganos fundamentales del Estado, de acuerdo con el artículo 164, numeral 12, de la Constitución y por haberse violado el artículo 182 que sujeta los tratados a la Constitución. Como consecuencia, declaró que son inaplicables y sin ningún valor las resoluciones emitidas por la Corte Centroamericana de Justicia basada en dicha disposición.

De acuerdo con lo expuesto, el control de convencionalidad no se aplica en juzgados y tribunales nicaragüenses. Si éste se llegara a aceptar, podría ser limitado, de manera que el juez, al hacer el análisis del control de constitucionalidad, si el punto discutido se opone a la Constitución declararían sin lugar el control de convencionalidad, salvo si se tratara de una ley ordinaria contraria a la convención o cuando se presentara la aplicación de un derecho no previsto en el interior, porque los instrumentos internacionales sobre derechos humanos prevalecen en jerarquía sobre las leyes ordinarias, de acuerdo con el artículo 24 del Código Procesal Civil. Este artículo no sólo es aplicable a la justicia civil, sino también a la penal, laboral, familiar, de lo contencioso administrativo y las otras competencias jurisdiccionales atribuidas al Poder Judicial. Es claro dicho artículo. Está regulando las fuentes del derecho y su orden jerárquico.

Considero que en Nicaragua el principio de convencionalidad puede ser admitido, sin tales limitaciones, ya que las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos están incorporadas en la Constitución en el artículo 46 con igual jerarquía al artículo 182 de la misma. Las disposiciones de la Convención no pueden estar sometidas al artículo 182.

He sostenido que el artículo 46 de la Constitución nicaragüense incorpora con valor constitucional igual a las otras disposiciones constitucionales, el Convenio Interamericano de Derechos Humanos. Reservó al artículo 182 con superioridad jerárquica sobre los tratados en general y su no aplicación al Convenio Interamericano de Derechos Humanos, regulado específicamente en el artículo 46 citado, siguiendo la simple regla hermenéutica en estos casos.

Existen otros sistemas en que el valor del tratado es únicamente legal.

V. Diálogo entre tribunales e interpoderes

El diálogo o comunicación entre los tribunales constitucionales y los poderes es una nueva figura en su composición en el marco de la jurisdicción constitucional, aunque con antecedentes en el derecho comparado, que nace en el Congreso de Derecho Comparado de París de 1900, en un momento en el que ya se asomaba un comercio interno y regional entre los Estados.

Esto estimulaba la publicación de estudios sobre jurisprudencia comparada en la familia del *civil law* y el *common law*. La comparación se realizaba tanto en el derecho civil como en el penal, sobre todo en la América Latina que inspiró su codificación en el derecho romano-germánico traído de Europa. En mi país se aprobaron el Código Civil en 1904 y el Código de Procedimiento Civil en 1906 (ya derogado). El Código Civil incorporó artículos de varios países: Francia, Chile, Argentina, España, Colombia, entre otros. Como ambos códigos recibieron influencia extranjera, las bibliotecas de las universidades, los tribunales y los abogados estaban llenas de colecciones jurisprudenciales de esos países y de autores que comentaban las instituciones y artículos copiados en ambos códigos. Ahora, el nuevo Código Procesal Civil está inspirado en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 2000, objeto de muchas reformas producto de los cambios radicales del sistema.

El diálogo jurisprudencial constitucional es una institución autónoma comparativista.

Este diálogo cobra importancia nacional e internacional al tener como materia propia, inherente, la promoción y aplicación de los derechos humanos en ambos niveles. La protección y explicación de los derechos humanos adquieren niveles universales, ya forman parte del engranaje de la organización estatal, son el eje fundamental en el que descansa la democracia contemporánea constitucional.

El diálogo jurisprudencial constitucional tiene como objeto la configuración de un orden común de seguridad, defensa y aplicación de los derechos humanos, con estándares aceptables que no pongan en riesgo la operatividad nacional e internacional de los mismos.

Su autonomía descansa en la existencia de propósitos comunes, principios y valores propios: *a)* principio *in dubio pro reo*, principio *in dubio pro operario*, la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona humana, la verdad como derecho y la presunción de inocencia; *b)* a escala nacional e internacional existen tribunales o salas constitucionales de protección de los derechos humanos; *c)* existen cortes internacionales de protección de los derechos humanos; y *d)* como producto del esfuerzo nacional e internacional en defensa de los derechos humanos ha nacido una nueva rama del derecho procesal, que se proyecta también como derecho procesal constitucional transnacional.

El diálogo se forma: *a)* entre tribunales o salas constitucionales de dos o más países; *b)* entre los tribunales y salas constitucionales con la justicia ordinaria; *c)* entre los tribunales y salas constitucionales con las cortes internacionales supra estatales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos [con sede en Arusha, Tanzania, creada mediante el Protocolo a la Carta de Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptado al efecto, Tiene atribuida, junto a la

Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, competencias en materia de aplicación e interpretación de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos —CAFDH—); d) entre Cortes Internacionales.

El diálogo en el sistema interamericano está muy enriquecido. Existen numerosas consultas y sentencias de la Corte Interamericana y autores que se dedican al cultivo de este diálogo.

En un esfuerzo conjunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Fundación Konrad Adenauer publicaron tres tomos sobre *Diálogo jurisprudencial*. De esta publicación haré reproducción de algunas sentencias y consultas.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en sentencia de 7 de julio de 1992, sobre el caso de los alcances del derecho de ratificación y respuesta del artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, analiza los efectos de la Convención de Viena sobre derechos y tratados, disponiendo que la ratificación reconoce primacía al derecho internacional sobre el derecho interno, además reconoce la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser esta interpretación de las normas de la Convención citada. La interpretación del pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Suprema Corte de Justicia de República Dominicana del 24 de febrero de 1999, pretorianamente, desarrolló el recurso de amparo a partir del reconocimiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace en el artículo 25.1 del derecho a un recurso rápido y sencillo.

En sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia del 20 de enero de 2003 se analizaron los derechos de la víctima en acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el

principio *non bis in idem*. La Corte apoyada en la opinión de los órganos interamericanos de los derechos humanos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional indica que las garantías aludidas se relativizan en la consecución de un orden justo cuando se está en frente de violaciones de derechos humanos.

La acción de revisión procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento, sentencia absolutoria, cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario y un procedimiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de control de derechos humanos, aceptados formalmente haya constatado la existencia de nuevos hechos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates, procede también cuando una decisión interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión de control de derechos humanos constatare un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar de manera seria e imparcial las mencionadas violaciones.

La sala de lo constitucional de la Corte de Justicia de El Salvador del 1 de abril de 2004, sobre la inconstitucionalidad de la Ley Antimaras, con base en citas de convenios internacionales y principios de derechos humanos declaró que en el artículo 2.3 de la Ley Antimaras existe la inconstitucionalidad alegada en el artículo 35.2 de la Constitución y al estar en contra del artículo 40 de la Convención sobre Derechos del Niño, contraviene el artículo 144.2 de la Constitución. En la citada disposición declarada inconstitucional la pretensión de sujetar a los menores de edad a las mismas disposiciones penales y procesales establecidas para los mayores de edad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República de Argentina del 24 de agosto de 2004 declaró imprescriptible los delitos de lesa humanidad.

El Tribunal Constitucional de Bolivia por sentencia del 6 de mayo de 2004 reitera la jurisprudencia internacional y nacional comparada estableciendo que los tribunales militares no tienen competencia para conocer de los delitos comunes, sino únicamente de aquellos que protejan bienes del exclusivo orden militar. Se fundó en el artículo 8.1 de la Convención Americana y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconoce que la jurisprudencia de la Corte es vinculante para la jurisdicción interna.

El Tribunal Constitucional de Perú por sentencia del 21 de julio de 2006 afirma la obligatoriedad de interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú.

La Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana por sentencia del 13 de noviembre de 2003 con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) reconoce y asume los siguientes principios fundamentales del debido proceso: 1. El principio del juicio nuevo; 2. El principio del juez natural o regular; 3. La imparcialidad y la independencia; 4. La legalidad de la sanción, condena y del proceso; 5. El plazo razonable; 6. El principio de única persecución *o non bis in ídem*; 7. Garantía de respeto a la dignidad de la persona; 8. Igualdad ante la ley; 9. Igualdad entre las partes en el proceso; 10. Derecho a no declarar en contra de sí mismo de no autoincriminación; 11. La presunción de inocencia; 12. Estatuto de libertad; 13. Personalidad de la persecución; 14. El derecho a la defensa; 15. Formulación precisa de cargos; 16. El derecho al recurso efectivo; 17. La separación de sesiones; 18. La obligación de decidir; 19. Motivación de decisiones; 20. Legalidad de la prueba; y 21. Derecho a la defensa o asistencia técnica, tal como se han descrito más arriba como parte integrante del debido proceso y dispone su aplicación inmediata en todos los tribunales del país.

La Corte Suprema de Justicia de Chile por sentencia del 13 de marzo de 2007 confirmó la imprescriptibilidad y la imposibilidad de establecer

cualquier excluyente de responsabilidad que pretenda impedir su investigación y la sanción de los responsables en los casos de crímenes de lesa humanidad. La Cámara Federal de lo Criminal de Buenos Aires, Argentina, por sentencia del 25 de abril de 2007 determinó la inconstitucionalidad del indulto por lo que los hechos perpetrados no son susceptibles de perdón.

D. Nuestra Justicia constitucional, sus aportes y problemas

I. El abuso del derecho

Se puede abusar de la normativa constitucional y ordinaria, causando con ello daños y perjuicios.

La autonomía de la acción tiene su fundamentación en el principio constitucional que permite que toda persona pueda acudir a los tribunales y pedir que se dicte sentencia sobre el conflicto, la cual puede ser favorable o desfavorable, lo que se sabrá al final del proceso.

Pero la petición de justicia debe fundarse en hechos y disposiciones legales y no por caprichos o cuestiones doctrinales.

"Quien su derecho ejerce a nadie ofende", dice un aforismo jurídico. En verdad, quien usa su derecho a nadie daña. Sin embargo, cuando se ejerce con dolo o culpa, lo hace en forma abusiva y, como consecuencia, debe repararse el daño causado.

El uso ilimitado de este principio se debilita desde el siglo XIX y algunos códigos consagran la prohibición del abuso del derecho. Por ejemplo, el artículo 9 del Código Civil y Comercial de Argentina lo consagra, el cual establece: "Principios de buena fe. Los derechos deben ejercitarse de buena fe".

Brasil contempla lo anterior en el artículo 127 del Código Civil. En algunas constituciones no se permite el abuso del derecho. Por ejemplo,

la Constitución del Perú de 1993 en el artículo 103 *in fine* no ampara el abuso del derecho.

Nuestro Código Civil, el de Procedimiento Civil (Pr.) derogado y la jurisprudencia han consagrado importantes aplicaciones de la teoría del abuso del derecho, a saber:

De conformidad con los artículos 3285, inciso 4 C, y 3290 C (Código Civil de la República de Nicaragua en adelante), la sociedad de duración ilimitada se termina por la renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás y que no sea maliciosa ni extemporánea. Una renuncia contrariando estas disposiciones no valdría y el socio tendría que buscar la época oportuna para presentarla. De otra forma se abusaría de un derecho en perjuicio de los otros socios.

La Cuarta Edición de nuestro Código Civil, como la hizo con la teoría de la causa, pudo haber consagrado el abuso del derecho, que está creado por varios artículos y la jurisprudencia. Tiene aplicación práctica, legal y jurisprudencial. De acuerdo con el artículo 3345, inciso 4 C, el mandatario le puede poner término al mandato por su renuncia, pero está obligado a continuar en el desempeño de aquellos negocios cuya paralización puede perjudicar al mandante hasta que avisado, éste haya tenido tiempo bastante para proveer al cuidado de sus intereses, según lo dispone el artículo 3353 C. Esta medida se toma para evitar un perjuicio al mandante, ante el abuso del mandatario. De acuerdo con el artículo 888 (Pr.) derogado el que embarga preventivamente está obligado a rendir fianza, para responder por la cosa que se trata de embargar y de los daños y perjuicios que ocasionare el embargo. Se desprende de esta disposición que puede haber abuso de esa medida precautelar. El artículo 1741 (Pr.) derogado, faculta al ejecutante para desistir de la acción ejecutiva, pero lo hace responsable de los daños y perjuicios que hubiere causado con la demanda. Se parte de la idea de que el ejecutante ha obrado con precipitación y frente a los argumentos del ejecutado desiste de su ejecución.

La teoría del abuso del derecho es acogida por la Corte Suprema de Justicia: el principio *nemo damnun facit qui suo iure utitur* no puede tomarse de una manera absoluta porque ello daría lugar a muchos abusos, cuando se ha obrado con temeridad o mala fe, persiguiendo solamente el daño ajeno. Por eso, la jurisprudencia ha venido a atenuar el rigor del principio sentando, que no se incurre en responsabilidad cuando se ha usado del derecho con prudencia y buena fe; no habiéndose demostrado en el caso de autos que los demandados hayan abusado de su derecho o procedido con malicia (S. 11:30 a.m. del 12 de junio de 1948, B. J., p. 14281.C). El hecho de promover cualquier persona juicio relativo a un derecho cuya existencia se declara por sentencia en ese juicio, no puede servir de base para exigir daños y perjuicios del demandante vencedor (S. 1:30 p.m. del 24 de febrero de 1915, B. J., p. 918). Los litigantes están autorizados para usar del embargo preventivo a fin de garantizar los resultados del juicio, pero también cabe la indemnización de los perjuicios que con ello se cause si el embargo, por la declaratoria de su improcedencia, carece de causa legal para el que fue pedido (S.11 a.m. del 11 de diciembre de 1926, B. J., p. 5784). Declarada la nulidad de un juicio de desposeimiento pueden demandarse los daños y perjuicios contra el ejecutante, para lo cual no basta demostrar la existencia de los daños, sino también que son imputables al ejecutante por su culpa, negligencia o imprudencia (artículo 2059 C.), sin que pueda alegar que al intentar la acción de desposeimiento hizo uso de un derecho que concede la ley, pues no usa de su derecho quien sostiene en juicio pretensiones temerarias, como tampoco el hecho de la no imposición de costas en el juicio de desposeimiento, pues no causa estado en el debate sobre daños y perjuicios; asimismo, no es atendible la alegación de que siendo el secuestro un acto judicial, no pueda conceptuarse como un acto doloso de quien lo solicitó (4 S. 11 a.m. del 29 de septiembre de 1931, B. J., p. 7854). El actor no funda su demanda en que su acusador cometió un delito, sino en el artículo 2509 C., y, por tanto, no es necesaria la existencia de una sentencia criminal (artículo 40 Pn.). [...] la sola existencia del daño no es suficiente para sujetar al causante a la obligación de resarcir, sino que es circunstancia esencial que intervenga dolo, culpa,

negligencia o imprudencia [...] Pero ¿cuál es en definitiva el criterio para distinguir cuando un acusador restringiendo la cuestión al caso presente, usa o abusa de su derecho? Acerca de este punto se encuentran dos opiniones desacordadas que se disputan el campo: queriendo que el acusador no sea responsable de los daños, sino sólo cuando sea de mala fe; y otros, por el contrario, opinan que es suficiente la sentencia de absolución para someter al acusador a la obligación de resarcimiento. Opiniones ambas excesivas, rechazadas por la doctrina prevalente, que sigue el criterio de que sólo se debe reconocer responsable a quien resultando dañado por un delito, en lugar de proceder con la ponderación necesaria para poner a la justicia sobre las huellas del reo, acusa inconsideradamente, sin rodeos y con ligereza imperdonable a un tercero inocente. La malicia del acusador no es un requisito indispensable para declarar sus responsabilidades, porque si bien la buena fe excluye siempre el dolo o la malicia, no excluye igualmente la falta, la negligencia o la imprudencia, y lo cierto es que la buena o la mala fe del acusador no deben ser tomadas en consideración más que para decidir si el acusador ha cometido delito o cuasidelito, y porque de esa diferencia puede surgir la importancia y la cuantía de los daños [...] (5 S. 11 a.m. del 13 de julio de 1934, B. J., p. 8699). Si el actor pide el cumplimiento de la sentencia de restitución del bien arrendado que fue apelada en un solo efecto, incurre en daños y perjuicios si es revocada, pues existe imprudencia aun cuando no sea temeraria (6 S. 12 m. del 30 de noviembre de 1944, B. J., p. 12588). La anterior jurisprudencia puede ser aplicable bajo el nuevo Código Procesal Civil que en el principio de buena fe (artículo 14) contempla la prohibición del abuso. La enumeración anterior de los casos legales y el reconocimiento por la jurisprudencia fundamentan la aplicación general en nuestro ordenamiento jurídico de la teoría del abuso del derecho. En las relaciones de vecindad tiene amplia aplicación.

Estas relaciones imponen obligaciones y derechos. Los vecinos tienen derechos y, a su vez, obligaciones. Como obligados deben soportar el ejercicio del derecho del vecino, pero cuando ese ejercicio excede el límite de la tolerancia de las obligaciones de vecindad, se abusa del derecho.

Imaginemos los insoportables ruidos y gases de una fábrica en un barrio residencial, etcétera. El dueño de la fábrica será responsable de los daños y perjuicios que cause y, además, deberá tomar las medidas para evitar en el futuro otros daños. Tal responsabilidad se produce, aunque se encuentre autorizado por las autoridades administrativas correspondientes. Son varios los códigos civiles que consagran el abuso del derecho: alemán (artículo 1), suizo (artículo 2), Polonia (artículo 160), Perú (artículo 2. Tít. Prel.), Venezuela (artículo 1185), Líbano (artículo 124), Turquía (artículo 2). Otros países callan sobre el abuso, pero la jurisprudencia lo ha incorporado en países como Francia, Bélgica, Chile y España.

II. El debido proceso

Es una figura que proviene del derecho estadounidense que distingue entre el debido proceso sustantivo y el debido proceso adjetivo (procesal). El primero garantiza la razonabilidad de las leyes y de las sentencias y la aplicación en el proceso de las leyes. El segundo garantiza el cumplimiento de ciertas condiciones procesales para dictar una sentencia válida, el cual es el objeto de nuestra exposición.

El debido proceso se ha consagrado en todas las constituciones democráticas y el derecho de los Estados Unidos en todas sus Constituciones, bajo la expresión de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal (*due process of law*). La Constitución Federal lo consagró en las enmiendas V y XIV.

También ha sido consagrado en el artículo 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969. Las últimas tres incorporadas en nuestra Constitución en el artículo 46.

Se comprende más este principio por sus efectos que por su número, ya que algunos autores señalan un número mayor de garantías y otros con menos.

El artículo 6 del CPC (Código Procesal Civil de Nicaragua en adelante) lo consagra con nombre propio y dice: "Artículo 6. El Debido Proceso. Las autoridades jurisdiccionales civiles deben guardar observación del debido proceso en todas sus actuaciones, brindando las garantías necesarias a las partes para la adecuada defensa". Pero no expresa cuáles son esas garantías.

El debido proceso está consagrado en el artículo II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Todos incorporados en nuestra Constitución en el artículo 46.

Trataremos de encasillar en la Constitución nacional (Cn) y en el ordenamiento jurídico nicaragüense para determinar cuáles son los elementos o garantías del debido proceso, como las siguientes:

- a) Que los asuntos sean juzgados sin dilación por los tribunales competentes, sin fuero atractivo (artículos 34.2 de la Cn y 9 del CPC).
- b) Garantías de intervención y debida defensa desde el inicio del proceso y medios adecuados para su defensa (artículo 34.4 de la Cn).
- c) Ser asistido por un intérprete, sino comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal (artículo 34.6 de la Cn).
- d) La igualdad de las partes, un procedimiento de contradicción entre ellas y la defensa e imparcialidad del juez y tribunal (artículos 27, 34.1, 166 de la Cn).

e) La doble instancia. Se refiere a ella el artículo 34.8 de la Cn que prevé las instancias del recurso, que son dos: la primera instancia y la segunda instancia al que agregamos el recurso extraordinario de casación (artículos 164.2 y 12 del CPC). El artículo 159 de la Cn establece los Tribunales de Apelaciones y el artículo 39 de la Cn autoriza a recurrir a un Tribunal de Apelaciones. Como parte de nuestra naturaleza tenemos la tendencia de recurrir pidiendo ayuda a la autoridad superior: padre o madre, sacerdote o rey, etc., para solucionar los problemas. Por tal razón, considero que la doble instancia forma parte de nuestros impulsos naturales. Poner fin al juicio por sentencia dictada en única instancia se presta a arbitrariedades. Es preciso revisar más detenidamente el proceso y corregir los errores con la intervención de una autoridad judicial superior en jerarquía y de mayor conocimiento y experiencia.

f) Principio de celeridad. Previsto en los artículos 34.2, 12 y 166 de la Cn. Está contenido como elemento fundamental de la oralidad, donde la celeridad es una de sus características fundamentales. Lo establece el artículo 19 del CPC, que dice: "Artículo 19 Celeridad. Los actos procesales deben de realizarse sin demora evitando dilaciones y prolongaciones indebidas en el desarrollo de la actividad procesal, abreviando los plazos cuando este código faculte para ello". Un juicio largo convierte a la justicia en injusticia.

g) Principio de publicidad. Está contemplado en el artículo 34, párrafo 12, de la Cn que establece que el proceso es oral y público. El artículo 11 del CPC lo desarrolla y dice "Artículo 11 Proceso Publico. Las comparencias y audiencias del proceso serán públicas, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el juzgado o tribunal así lo decida, por razones de seguridad, de moral, o de protección de la personalidad de alguna de las partes en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En ningún caso se impedirá a las partes el acceso al expediente, ni a las actuaciones orales del proceso". De acuerdo con el artículo 158 de la Constitución la justicia emana del pueblo y tiene el derecho de apreciar y valorar la marcha de la justicia. Existen formas para que un juez

o tribunal se separe del asunto: la abstención y la recusación (artículos 49-59 del CPC).

Relacionados con este tema encontramos el nazismo, el fascismo y el comunismo orientados a la inspiración de la cúpula de los líderes o del partido. Lo desarrolla el artículo 10 del CPC que dice: "Artículo 10 Igualdad, contradicción, defensa e imparcialidad. Las autoridades judiciales civiles garantizarán la igualdad de derechos, facultades y condiciones de las partes en el proceso. También se garantizará la aplicación de los principios de contradicción, defensa e imparcialidad. Considerando la dualidad de posiciones, todas las partes tienen derecho a ser oídas por el órgano jurisdiccional, antes de adoptar cualquier decisión que afecte directa o indirectamente a la resolución final, bien en la instancia, bien en los recursos, en cualquier proceso ordinario o especial; así mismo se les oírán para la adopción de medidas cautelares y en la fase de ejecución, salvo que voluntariamente se coloquen en situación de rebeldía, o que sea contraria a la audiencia a la propia finalidad del acto, lo que deberá estar expresamente previsto. En ningún caso se puede producir indefensión a las partes del proceso, a quienes se les garantiza el acompañamiento de abogado o abogada que se les asista o represente, elegido libremente por las partes o designado por el Estado, en los términos previstos por este Código. Las autoridades judiciales civiles dictarán sus resoluciones con absoluta sujeción al principio de imparcialidad."

h) Justicia gratuita. Está previsto en el artículo 166 de la Cn en virtud de este principio el Estado administra justicia gratuita para las partes, los gastos, honorarios y costas las asumen las partes. Pero se regula la asistencia o representación gratuita de las partes. La justicia es uno de los valores más apreciados por la humanidad y, por tanto, debe permitirse que sea servida gratuitamente para tener acceso a pedirla ante los jueces y tribunales sin costo alguno. También ayuda a la igualdad entre los ricos y pobres para acceder a la justicia.

i) Principio dispositivo y aportación de pruebas. Ambos están establecidos, el primero, en el artículo 12 del CPC y, el segundo, en el artículo 13 del CPC.

En virtud del principio dispositivo las partes inician el proceso y pueden poner fin en apelación y casación, salvo la tutela de derechos o intereses públicos. Por otra parte, a nadie se le puede obligar a ser parte en el proceso.

Con el principio de aportación las partes son las que suministran los hechos y las pruebas en el proceso. La autoridad judicial tiene la prohibición de hacerlo, si la quebranta el funcionario judicial imparcialidad pierde y principia a participar como parte.

El principio dispositivo prevale en el CPC, salvo algunas excepciones procesales. Contempla el derecho a la prueba, de importancia fundamental para el triunfo mediante una sentencia favorable.

j) Principio de buena fe y lealtad procesal.

Está consagrado en el artículo 14 del CPC que dice: "Artículo 14 Buena fe y lealtad procesal. Las partes, sus representantes y todos los participantes del proceso, ajustaran su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se debe a los litigantes y a la leal y buena fe. La autoridad judicial deberá tomar, a petición de parte o de oficio, toda las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir o sancionar acción u omisión contraria al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión o abuso del derecho y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

Se entiende por fraude procesal todo comportamiento de la parte su representante y demás partícipes del proceso, en virtud del cual el juzgador ha sido víctima de engaño debido a la presentación falaz de los hechos, aprobanzas irregulares, documentos alterados, incluso por efecto de una argumentación falsa".

Esto podría dar pábulo para pedir la nulidad de los actos del juicio fraudulentos o de la sentencia definitiva del juicio que se tramita y hasta la pasada en autoridad de cosa juzgada mediante la acción pauliana o de simulación.

Es muy importante porque limpia el proceso de engaños, pruebas falsas, fraudes procesales, argumentos falaces y otras irregularidades que le quitan pureza en perjuicio de la justicia.

k) Justicia gratuita y asistencia letrada.

El artículo 87 del CPC establece la asistencia letrada o representación por abogado, debiendo la autoridad judicial rechazar los escritos que no llevan firma de abogado e impedir las actuaciones que se pretenden realizar sin esta asistencia.

También el artículo 166 de la Cn establece la justicia gratuita y pública.

l) Principio de irretroactividad de la ley.

El artículo 38 de la Cn establece que la ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo. Por sentencia de las 10:46 am del 11 de mayo de 2007 de la Sala Constitucional, se declaró que el principio de la irretroactividad de la ley entra en juego y produce efectos en toda su plenitud donde quiera que pueda ostentarse un derecho adquirido. La irretroactividad también es, y debe ser, la regla general.

En sentencia de las 10:46 am del 11 de junio de 2007, la Sala constitucional declaró que la Constitución lo recoge en el artículo 38, que prohíbe aplicar las leyes hacia el pasado, por lo que la aplicación de una tarifa o precio que se imponga de manera retroactiva es inconstitucional porque privaría a los usuarios de un derecho adquirido.

En sentencia de las 10:45 am de 26 de febrero de 2008, la Sala Constitucional declaró que las dos columnas básicas de la irretroactividad son el respeto al interés social y a los derechos adquiridos por los particulares.

Conceptos similares se sostienen en otras sentencias de la Sala Constitucional: 01:46 pm del 27 de mayo de 2008 y 03:00 pm del 26 de septiembre de 2008, entre otras.

E. El valor del preámbulo constitucional

a) El preámbulo forma parte de la Constitución

Los preámbulos constitucionales son discutidos y aprobados por el Poder Constituyente. Por otra parte, aparecen después de la promulgación. Todo lo cual nos conduce a sostener que forman parte de la Constitución, encabezando su articulado. Su valor jurídico es innegable. Nuestra Constitución expresa:

*El Presidente de la República
Hace saber del pueblo de Nicaragua que la Asamblea Nacional
Constituyente
ha consultado con el pueblo, discutido y aprobado la siguiente:
Constitución Política
Preámbulo
Nosotros.
Representantes del Pueblo de Nicaragua,
reunidos en Asamblea Nacional Constituyente...*

b) Valor político del preámbulo

Los preámbulos constitucionales expresan las decisiones políticas fundamentales en que descansa el Estado. Por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución Federal de 1824, las decisiones políticas fundamentales que expresa son la independencia, la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad y el federalismo, recogidos después en los artículos 1 y 2 del texto constitucional. Estas mismas decisiones políticas fundamentales fueron incorporadas al preámbulo y texto de la Constitución de 1826 del Estado Federado de Nicaragua. También expresa el contenido ideológico del régimen: liberal, socialista, comunista, parlamentario, presidencial, unitario, federal, capitalista, colectivista, el cual aparece desarrollado en el articulado. Por ejemplo, la Constitución del Brasil en su Preámbulo se decide por la democracia, la libertad y una economía abierta. Los preám-

bulos constitucionales también tienen una función integradora de los gobernantes y gobernados, de unidad nacional, destinada a promover la comprensión y aplicación del sistema establecido, creando una conciencia constitucional favorable a la realización de los fines, principios y valores de la Constitución. El país debe estar cohesionado, integrado, sin conflictos grupales, raciales, etcétera. Piénsese por un momento en las guerras tribales de algunos países africanos. De allí la gran importancia de la enseñanza del preámbulo de la Constitución en la primaria y secundaria y también a través de los medios de información. Por último, el preámbulo es un medio de legitimar un nuevo orden legal a través de dos elementos: la exposición de las razones, principios y valores que condujeran a cambiar el orden jurídico; y la voluntad soberana del pueblo de hacer el cambio a través de la Constituyente, referendo o de ambos.

c) El valor jurídico del preámbulo constitucional

Cinco tesis se pueden formular con relación al valor jurídico del preámbulo.

El preámbulo no tiene valor normativo, interpretativo e integrativo. Esta tesis le niega valor jurídico al preámbulo. Se fundamenta en la amplitud y generalidad de sus proposiciones, lo que da lugar a imprecisiones jurídicas, no forma parte de la Constitución y lo que se le puede atribuir es un valor moral y político, pero no contiene normas, no está redactado por artículos; y además es un plan de gobierno, sin valor normativo, contiene disposiciones programáticas, tareas a seguir, etc. Parte de la doctrina argentina sostiene esta tesis. Fundamentalmente este criterio confunde los conceptos de disposición y norma. La disposición es el lenguaje en que se expresa la norma. Ésta contiene un enunciado con finalidades prescriptivas (de obligar, ordenar) y cada enunciado es una norma.

Los enunciados del preámbulo son disposiciones con finalidades prescriptivas, aunque use un lenguaje descriptivo. La norma se obtiene de la

interpretación de la disposición. Una disposición puede tener varias normas y una norma puede expresarse en varias disposiciones. Siguiendo a Bobbio se distinguen tres funciones del lenguaje: la descriptiva, la expresiva y la preceptiva.

La descriptiva se refiere al lenguaje científico, la expresiva al poético y la preceptiva al normativo. La función preceptiva del lenguaje tiene la función de modificar la conducta de los demás por tal razón no es extraño que use, además del lenguaje normativo, el descriptivo y hasta el expresivo. El preámbulo tiene valor normativo. Esta doctrina le otorga al preámbulo igual valor normativo que al texto del articulado de la Constitución, y para algunos superiores cuando entre en discrepancia con el articulado. Por el contrario, creo que prevalece el articulado de la Constitución sobre el preámbulo en el supuesto de contradicción, por las razones siguientes:

d) Representa la expresión directa y concreta de la voluntad del Constituyente

Frente a principios y valores tan abiertos del preámbulo podrían deslegitimarse muchas reformas parciales constitucionales por creer que chocan contra ellos y sea necesario, por representar una revisión general de la Constitución, seguir el procedimiento de la reforma total de la Constitución, la cual podría concluir con un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma constitucional por cuestiones de forma, al no seguirse el procedimiento de la reforma total de la Constitución. Pero no deben excluirse casos dramáticos de reformas parciales que pretende cambiar las bases fundamentales (decisiones políticas fundamentales) de la Constitución, en cuyo caso debe prevalecer el preámbulo de la Constitución. Sería inadmisibles, establecer un régimen fascista por medio de una reforma constitucional. Ya sea que prevalezca el preámbulo o el articulado de la Constitución se debe declarar la inconstitucionalidad en la parte dispositiva, porque para esta teoría tanto vale normativamente el preámbulo como el articulado de la Constitución. A este valor norma-

tivo se sujeta la aplicación de la Constitución dentro del marco de las directrices políticas, sociales y económicas que inspiran al preámbulo. El valor normativo y amplio que le concede esta tesis al preámbulo no tiene aceptación mayoritaria.

En Francia existen dos opiniones: una que solamente le concede valor filosófico y moral, sin valor jurídico, a las declaraciones de derechos, pero gran parte de la doctrina sostiene que tienen el mismo valor jurídico del articulado de la Constitución, superiores a las leyes ordinarias, pero advierten que existen muchas disposiciones muy imprecisas para que tengan aplicación práctica, las que servirán solamente de directivas para el legislador. En la Constitución francesa los preámbulos tienen valor jurídico normativo porque en ellos se consagran los derechos y garantías de los franceses, los que no pueden ser apartados o no aplicados y, por el contrario, se les debe conceder valor normativo constitucional.

Esta doctrina del valor normativo amplio del preámbulo, como lo expresamos anteriormente, no tiene aceptación general; no obstante, se acepta que cuando la ley ordinaria se opone a un principio del preámbulo, se puede pedir la inconstitucionalidad, en cuyo caso se le otorga aplicación directa y autónoma a dicho principio.

Así se expresa Néstor Pedro Sagüés:

Entendemos que una ley opuesta a una meta constitucional enunciada en el Preámbulo (p. ej., una norma nítidamente injusta, contraria al bien común, atentatoria contra la defensa nacional, etc.), concluye inconstitucional, del mismo modo que si contraviene alguna otra cláusula del cuerpo de la Constitución. En tal sentido, la Corte Suprema ha puntualizado que las grandes metas políticas de la Constitución están fijadas en el Preámbulo, y que cabe al Poder Judicial evaluar la razonabilidad de las normas dictadas para lograr aquéllas ('Nordensthol', Fallos, 307:326); y que los principios de cooperación, solidaridad y justicia están 'normativamente comprendidos en la Constitución'

(‘Maurizio’, Fallos, 305:614). En otras sentencias ha resuelto casos aplicando normas del cuerpo de la Constitución y del Preámbulo. Así, en ‘Portillo’, en materia de objeción de conciencia, donde se basa en los (arts. 14, 20, 21) y en las frases preambulares sobre la necesidad de proveer a la defensa común y asegurar los beneficios de la libertad (CSJN, Fallos, 312:496).

En los países marxista-leninistas, el preámbulo tiene un gran valor jurídico por la fuerte influencia ideológica del régimen. El preámbulo constitucional, volvemos a repetir, tiene el mismo valor normativo que las restantes disposiciones constitucionales del articulado de la Constitución por las razones siguientes: a) se aprueba por el mismo procedimiento con el que se aprueban los artículos de la Constitución; b) la Constitución principia con el preámbulo y termina con el articulado, de tal manera que en algunos países se le considera parte del bloque de constitucionalidad; c) los preámbulos, de la misma manera que ciertas disposiciones constitucionales, están integrados por reglas, principios y valores con una estructura abierta, las primeras más claras y los últimos más difíciles de percibir, pero todos tienen valor normativo, pertenecen al derecho constitucional y vinculan a los poderes del Estado como las disposiciones constitucionales similares.

e) Al adquirir valor normativo la Constitución, su preámbulo tiene mayor valor

f) El preámbulo tiene valor interpretativo

Para esta tesis el preámbulo es una norma interpretativa con el mismo valor del texto articulado, por lo que es vinculante y prevalente sobre cualquiera otra regla de interpretación.

Sin embargo, algunos autores piensan que es una regla de hermenéutica (teleológica) que debe utilizarse libremente, no en forma vinculante, en concurrencia con otras normas constitucionales y reglas de interpretación, si el caso lo amerita, ya que el intérprete no está obligado a utilizar

todos los criterios de interpretación, sino el o los que conduzcan a una interpretación aceptable. La tesis de concederle al preámbulo sólo valor interpretativo es aceptada por la mayoría de los autores, lo mismo que por la doctrina española.

g) El preámbulo tiene valor integrativo

El preámbulo constitucional no sólo sirve para interpretar, sino también para integrar el derecho, tanto de la Constitución como de las leyes ordinarias, porque no es posible que contemplen todos los casos que surgen de la realidad al tiempo de dictarse y mucho menos después del avance social, político, económico, tecnológico y científico que se ha experimentado en el mundo. La integración se puede dar en caso de oscuridades, silencios o insuficiencias de las leyes y la Constitución, y cuando existe contradicción entre disposiciones de igual jerarquía que se destruyen recíprocamente. Resumiendo lo expuesto, el preámbulo constitucional tiene valor normativo, interpretativo e integrativo.

h) El preámbulo forma parte del bloque de constitucionalidad. El preámbulo de la Constitución forma parte del bloque de constitucionalidad, entendido como el grupo de leyes que junto con la Constitución determinan la constitucionalidad de las leyes, en el cual se incluye en algunos ordenamientos jurídicos, principalmente el francés, el preámbulo de la Constitución.

i) Derecho comparado.

La mayoría de las Constituciones de Iberoamérica tienen preámbulos, pero breves. La de Italia no tiene, pero en sus primeros artículos establece los principios fundamentales de la Constitución. Así termina con la encendida polémica sobre el valor jurídico del preámbulo.

La Constitución francesa de 1958 asume en su preámbulo la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y el preámbulo de la Constitución de

1946, el cual contiene derechos económicos y sociales, complementando dicha Declaración. En Europa tienen preámbulo la Constitución de Alemania, España, Finlandia, Irlanda y Portugal. No tienen preámbulos las de Austria, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Suiza, Luxemburgo, los Países Bajos, Suecia, Islandia, Malta y Noruega. La de Grecia y Suiza apenas invocan a Dios y la voluntad constituyente para promulgar la Constitución.

En América Latina no tienen preámbulos las de Bolivia, Chile, República Dominicana y Uruguay. Tienen preámbulos las de Argentina, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

F. El preámbulo en nuestro constitucionalismo

No todas nuestras Constituciones tienen preámbulos y las que tienen son muy breves. Ni siquiera se denominan preámbulo.

Tienen preámbulos las Constituciones de 1824, 1838, 1848, 1854, 1858, 1911, 1939, 1948, 1950, 1974 y 1987. Los preámbulos son sumamente breves, invocan a Dios, y la Constituyente asume la representación del pueblo por lo que no cumple con todos los elementos que debe contener un preámbulo, de tal manera que podría argumentar que se puede clasificar entre las que no tienen preámbulo. La Constitución de 1939 no invoca a Dios y la vigente de 1987 no invoca a Dios directamente y sólo se refiere a los cristianos que desde su fe en Dios luchan por los oprimidos. No tienen preámbulos las Constituciones de 1893 y 1905. Es muy raro que la Constitución de 1893 no sea presidida por un preámbulo. Esta Constitución plasma el gran cambio político, social y económico realizado por la Revolución Liberal.

Sólo dos de nuestras Constituciones están encabezadas con el nombre de preámbulo, la de 1824 y la vigente de 1987, que contiene pocas reglas, valores y principios. Las otras sólo se legitiman invocando a Dios y al

pueblo, sin establecer reglas, valores y principios y no son rotuladas con el nombre de preámbulo. Esto es la causa principal, por lo que la doctrina y la jurisprudencia nacional se han olvidado del valor jurídico del preámbulo. Es preciso estudiar cada Constitución y su preámbulo, sea nacional o extranjera, para determinar el valor jurídico de éste. Su valor puede ser distinto en cada Constitución.

I. El preámbulo y su eficacia en nuestra Constitución

Como ya afirmamos el preámbulo de nuestra Constitución es parte de ésta y expresa los anhelos de la revolución sandinista, socialista y totalitaria. Principia asumiendo la Constituyente el carácter de representante del pueblo de Nicaragua y evoca la lucha de los antepasados indígenas; el espíritu de la unidad centroamericana y la tradición combativa del pueblo que, inspirado en los ejemplos de José Dolores Estrada, Andrés Castro y Enmanuel Mongalo (este último derrotó a los filibusteros y a la intervención norteamericana, a la gesta anti-intervencionista de Benjamín Zeledón); al General Augusto C. Sandino, considerado el Padre de la revolución popular y anti-imperialista; la acción heroica, de Rigoberto López Pérez (quien asesinó al General Anastasio Somoza García); a Carlos Fonseca Amador (fundador del Frente Sandinista de Liberación Nacional). Expresa que procede en nombre del pueblo nicaragüense, de los hombres y mujeres, de sus obreros y campesinos, de la juventud, de las madres heroicas, de los cristianos que, desde su fe en Dios, están comprometidos con la revolución y los oprimidos, de sus intelectuales patrióticos y de los trabajadores productivos.

Como principios fundamentales promete institucionalizar la revolución y la construcción de una nueva sociedad que eliminaría toda clase de explotación y lograría la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos, y promovería la unidad de la nación y la paz. No estableció los principios de justicia, libertad, dignidad humana, seguridad jurídica y democracia,

por su carácter autocrático. No podemos negar que las reformas posteriores han democratizado la Constitución, principalmente la reforma de 1995, a excepción de la de 2005 que significó un retroceso. Éstas son razones suficientes para cambiar o modificar el preámbulo. Más que un preámbulo es un manifiesto político, aunque contiene algunos principios fundamentales, como los enumerados anteriormente. Mi opinión es a favor del carácter normativo, interpretativo e integrativo del preámbulo de la Constitución, tanto para ella como para las leyes ordinarias. Tiene igual valor que las disposiciones del texto constitucional y prevalece sobre las leyes ordinarias. En caso de discrepancia del preámbulo con la Constitución prevalece ésta, aunque existen opiniones en contra. En estas decisiones debe actuarse con mucha cautela.

El preámbulo de la Constitución sirve de regla hermenéutica que puede aplicarse libremente junto con las otras normas constitucionales que desarrollan la norma o principio preambular, y las reglas de hermenéutica si el caso lo amerita. Si existe una norma que presenta varias interpretaciones deben preferirse la que esté de acuerdo con el preámbulo. Si la disposición constitucional no admite duda por su claridad, no es necesario recurrir al preámbulo (o sea cuando sólo admite una interpretación).

La eficacia del preámbulo depende de la consagración y número de reglas, principios y valores aplicables con valor normativo. Si no las tiene, carece de eficacia, si contiene algunos de los fundamentales, su eficacia es limitada. En nuestra Constitución existen pocas disposiciones normativas, exceptuando los principios anteriormente señalados.

La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en sentencia de las 8:30 a.m. del 30 de agosto de 2005, cuyo ponente es el Magistrado Francisco Rosales Argüello, le reconoce valor jurídico y normativo a la Exposición de Motivos de la Ley de Reformas de 2002 a la Constitución Política, al declarar, no en el por tanto, sino en los considerandos, la inconstitucionalidad de un párrafo de dicha exposición por violar el artículo 129 de la Constitución que establece la separación e independencia de poderes. El párrafo declarado inconstitucional dice así:

En la evolución del parlamentarismo moderno, la Asamblea Nacional queda como el único órgano del Estado con facultades legislativas, legitimado como representante de la Nación, y, por tanto, investido de superioridad jerárquica frente al órgano gubernamental. La evolución constitucional supone un reforzamiento de los poderes parlamentarios, fundados en principios democráticos, frente a la reducción de poderes del órgano gubernamental. Este predominio *jurídico y político del Parlamento* se traduce en una función de control sobre el Gobierno, lo que reafirma la superioridad *jerárquica del primero* [...]

Lo paradójico de esta sentencia es que declara la inconstitucionalidad del párrafo de la Exposición de Motivos que le otorga superioridad jerárquica a la Asamblea Nacional sobre el Ejecutivo, y no a la reforma parcial que verdaderamente le concede superioridad a la Asamblea sobre el Ejecutivo, por no seguir el procedimiento de una reforma total por suprimir una decisión política fundamental, como es la división de poderes y el establecimiento de un régimen asambleario que aplasta al presidencial que regula la Constitución. En realidad, dicha Exposición de Motivos, sin temores y límites, es congruente con la reforma, la justifica.

Si bien es cierto que la declaración de inconstitucionalidad del párrafo de la Exposición de Motivos no se hace en la parte dispositiva, sino en el considerando, se admite la existencia de sentencias que resuelven en los considerandos, lo que se denomina fallo implícito.

El Tribunal Constitucional español en sentencia del 12 de diciembre de 1981 le niega valor normativo al preámbulo de las leyes y rechaza la idea de declarar sus inconstitucionalidades en la parte dispositiva, dice: "La segunda puntualización se refiere al preámbulo de la Ley 2/1981 en el que se contienen afirmaciones que contradicen o interpretan erróneamente preceptos de la Constitución española y del Estatuto del País Vasco. En la medida que el preámbulo no tiene valor normativo consideramos que no es necesario, ni incluso correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta sentencia".

En esta sentencia no se le reconoce valor normativo al preámbulo, sino valor interpretativo al agregar: "Sin embargo, consideramos conveniente, en cuanto que los preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes, manifestar expresamente que el preámbulo de la Ley 2/1981 carece de valor interpretativo alguno en la medida que él mismo se refiere a preceptos que sean declarados inconstitucionales y nulos en la sentencia o sean interpretados en la misma conforme a la Constitución y al Estatuto de Autonomía y de manera contraria a lo expresado en dicho preámbulo".

En sentencia del 14 de octubre de 1965 del Tribunal Superior de España, se le concede al preámbulo valor interpretativo de la ley, pero prevalece ésta en el supuesto de discrepancia. Dice así: "Esta, al igual que todas las exposiciones de motivos de los textos legales, son un elemento que ayuda a las tareas interpretativas en cuanto contienen opciones personales muy respetables por venir de alguien que estuvo en íntimo contacto con la obra legislativa, pero que carecen de fuerza vinculante que sólo puede tener la misma ley una vez aprobada, a la que deberá darse total preferencia en caso de discrepancia entre ambas."

II. Supresión o modificación del preámbulo

Éste es un problema que se ha presentado en algunos países, por ejemplo, en Uruguay, Portugal, Argentina y Panamá. En Nicaragua también se presentó, con ocasión de la reforma constitucional del 2000, pero se llegó a la conclusión de no seguir discutiéndose sobre el tema.

El debate se presenta cuando el preámbulo ya no concuerda con las disposiciones constitucionales por las diferentes reformas a la Constitución y las mutaciones que haya recibido de parte de la jurisprudencia y de la práctica constitucional. Por ejemplo: el tránsito que ha sufrido una Constitución de carácter autoritario o democrático a través de sus reformas, leyes ordinarias, jurisprudencia y mutaciones, como la nuestra. Creo que el texto del preámbulo puede ser cambiado, suprimido o modificado,

porque es parte de la Constitución, y así como se reforman o suprimen los artículos constitucionales, así también se puede hacer con el preámbulo; y es importante armonizar el texto de la Constitución con el preámbulo para evitar contradicciones y oscuridades.

Algunos autores niegan que pueda ser alterado o suprimido el preámbulo de la Constitución, argumentando que lo reformable o derogable son los artículos de la Constitución, principalmente cuando el preámbulo no forma parte de ésta; además debe conservarse el origen de la Constitución, aunque sean profundas las reformas posteriores a su promulgación.

G. La reelección

Existen tres formas de ejercer la Presidencia de la República en relación con el tiempo de duración: la prohibición de la reelección, la reelección continua por dos periodos, la reelección sin periodos, todo objeto de observaciones, dependientes de los partidos políticos, del sistema electoral aceptable y de la falta de flexibilidad del sistema presidencial para solucionar las crisis y del poco tiempo que tiene un Jefe de Gobierno para desarrollar sus planes. Existe un movimiento reeleccionista en América Latina y sus opositores.

En Costa Rica, la Sala Constitucional en la resolución 2771 de 2003, por razones de fondo y forma, declaró inconstitucional la reforma de 1969 al artículo 132, inciso 1, la cual eliminaba la posibilidad de la reelección presidencial alterna que existía desde la Constitución de 1859, permitiendo la reelección del presidente en turno. Con esta sentencia se reeligió Oscar Arias Sánchez.

En Nicaragua, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de las 5:00 pm del 19 de octubre de 2009, ratificada por la Corte Plena, decidió que el artículo 147.4 a) y b) de la Constitución, *que prohibía* la reelección presidencial para el periodo siguiente al que lo hubiera ejercido por dos periodos presidenciales, la del vicepresidentes, alcaldes y vicealcaldes,

violaba el derecho a la igualdad, el derecho al sufragio y el derecho a la personalidad consagrados en los artículos 27, 47, 48, 50 y 51 de la misma Constitución, dejando en igual redacción el artículo 147, el que posteriormente fue derogado por la reforma constitucional de 2014. Esta sentencia permitió la reelección de Daniel Ortega Saavedra. Con la reforma de 2014, la reelección es permitida y no se señala periodo.

La sentencia de la Sala Constitucional de Honduras, del 22 de abril de 2015, declaró inaplicable el artículo 239 de la Constitución que prohíbe la reelección del que había desempeñado la titularidad de Presidente, argumentando, entre otras razones, que en caso de confrontación de principios o normas constitucionales e internacionales de derechos humanos (libertad de expresión, conciencia, igualdad y derechos políticos), con otras normas constitucionales, como los contenidos en los artículos 239 y 42.5, esas normas deben interpretarse armónicamente y cuando ello no es posible se produce la desaplicación para garantizar la armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico. Esta inaplicación dejó intacta la letra del artículo 239 que prohíbe la reelección y la mencionada sentencia produce la mutación al permitir la reelección.

Esta reelección fue promovida por el presidente Juan Orlando Hernández. El Tribunal Electoral lo declaró ganador en la reelección, después de 23 días de manifestaciones e impugnaciones. El Secretario General de la Organización de Estados Americanos pidió nuevas elecciones por falta de certeza del proceso electoral.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, por sentencia 0084/2017 permitió la reelección del presidente de Bolivia Evo Morales Ayma, y de todas las autoridades electas de manera indefinida valiéndose de un recurso de carácter abstracto de inconstitucionalidad presentado por la bancada legislativa del partido de dicho presidente. Entre los argumentos esgrimidos señalamos lo siguiente.

El artículo 156 de la Constitución únicamente permite la reelección de los asambleístas por una sola vez de manera continua; el artículo 168 de la Constitución sólo permite al presidente y vicepresidente del Estado la reelección por una vez de manera continua; el artículo 285.II de la Constitución limita la reelección a una sola vez de manera continua en los cargos electivos de los órganos ejecutivos de los gobiernos autónomos; y el artículo 288 de la Constitución sólo permite una vez la reelección de manera continua de los concejales y asambleas de los gobiernos autónomos.

Estas limitaciones señaladas anteriormente violan los derechos políticos de las personas al poner límites a la cantidad de veces para aspirar a cargos públicos.

Que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establecen los derechos políticos y el artículo 23 de la misma tiene preferencia de rango sobre los límites a la reelección establecida en los artículos de la Constitución anteriormente señalados, por ser la más favorable a tales derechos.

El tribunal constitucional, los jueces ordinarios y los órganos del Estado tienen el mandato imperativo de proteger los derechos fundamentales a partir del control de constitucionalidad y convencionalidad que alcanza no sólo a las leyes infraconstitucionales, sino también a la misma Constitución.

Los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Bolivia (artículos 13. IV y 256 de la Constitución), de preferente aplicación respecto a la propia Constitución, en lo que respecta a las normas más favorables para la vigencia y ejercicio de los derechos, de lo cual deriva el control de convencionalidad para establecer la incompatibilidad de las leyes, decretos, reglamentos y la Constitución con las normas del derecho internacional de protección de los derechos humanos.

Distingue entre normas constitucionales-reglas de los artículos 156, 168, 285. II y 288 de la Constitución que establecen las limitaciones a los derechos políticos y la reelección y las normas constitucionales-principios de los artículos 26 y 28 que prevén los derechos de participación política en forma activa y pasiva sin limitación o restricción, de aplicación preferente sobre las normas constitucionales-reglas.

Esta doctrina que distingue entre reglas y principios es objeto de amplio debate por la difícil distinción entre ellos. Zagrebelsky, Ramón Ruiz Ruiz, Hart y Dworkin se ocupan de este tema.

Para Jelinet en estas mutaciones constitucionales que no representan reformas formales a la Constitución, no producen cambio en la norma constitucional. Las considera muy relevantes, como las reformas constitucionales. Se producen con frecuencia y los autores citan un número importante de casos en relación con las constituciones de varios países.

H. ¿Reforma total o parcial de la Constitución?

I. Poder Constituyente originario

En virtud de este poder se establece la Constitución al surgir un Estado o al romperse el orden constitucional anterior. Aparece, pues, este poder después de la independencia de un país, su separación de una federación, después de un golpe de Estado, de una guerra o de una revolución. Destruído el orden constitucional anterior (suprimida la Constitución) es preciso dictar una nueva.

II. Poder Constituyente institucional

El Poder Constituyente institucional es creado por la Constitución y se destina a la reforma total o parcial de ella.

La reforma a la Constitución se justifica porque el pueblo puede cambiar en su forma de ser y de querer, se requiere ajustar la Constitución a los

cambios, el juego democrático así lo exige, motivos por los cuales se puede cambiar o reformarla evitando de esta manera el rompimiento del orden constitucional a través de actos de fuerza. Es una válvula de escape para que el pueblo exprese su voluntad. La Constitución no puede ser un convenio inalterable, permanentemente o, como expresa la jurisprudencia estadounidense, un pacto suicida. Esto no significa que la Constitución pierda su vocación de permanencia, por el contrario, la reforma permite su conservación siempre que se proceda con la prudencia que exige este principio de respeto a la Constitución.

III. Poder Constituyente para la reforma total

Este poder lo establece la propia Constitución para crear una nueva, por lo que no existe una ruptura del proceso y del orden constitucional.

Nuestra Constitución, así como otras, no establece criterios, guías o conceptos para distinguir entre lo que es una reforma total o parcial. Ante tal vacío, la doctrina se dio a la tarea de presentar dos criterios, uno cuantitativo y el otro cualitativo.

En virtud del criterio cuantitativo la distinción se hace en razón del número de artículos que se reforman, que puede ser una cuarta parte, la mitad, o todos los artículos de la Constitución menos uno. Este criterio se presta al libre arbitrio del Constituyente y del contralor de aquél.

El criterio cualitativo no se fija en el número de artículos, sino en la importancia y naturaleza de las reformas (puede ser un artículo) y la trascendencia sobre el sistema de organización del Estado. Sería reforma total, por vía de ejemplo, suprimir o desnaturalizar en varios o un solo artículo, la división de poderes, el pluralismo político y social, convertir una Constitución rígida en flexible, suprimir derechos humanos.

Esta teoría es criticada porque la Constitución no establece ninguna distinción entre reforma total y parcial ni disposición que sea irreformable.

Por tal razón, cualquier disposición o disposiciones pueden ser reformables. Aun en el caso que existieran disposiciones irreformables, la doctrina sostiene que por una doble reforma se pueden suprimir disposiciones irreformables y establecer el efecto contrario, así: si se prohíbe reformar la disposición que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, en una primera reforma se suprime tal prohibición y luego en otra reforma se suprime el artículo que no lo permite y se establece otro que la permite. Esta es una reforma fraudulenta de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia analiza los sistemas cuantitativos y cualitativos y en una combinación de ambos sostiene que la reforma se endereza hacia una reforma parcial cuando el número de artículos reformados es menor del total de artículos de la Constitución (sistema cuantitativo) y que puede ser total en lo que se refiere a los principios fundamentales cuando afecta la existencia misma del Estado o la forma de gobierno o su inspiración democrática (criterio cualitativo). Agrega que un reordenamiento de las atribuciones de los poderes del Estado en la Constitución misma o las limitaciones que se contengan en ella para el ejercicio de determinados cargos o para acceder en ellos no son violatorios de los derechos humanos o de principios constitucionales, sino que constituyen normas básicas que contribuyen a ordenar la función pública en beneficio de la colectividad. Si cualquiera de estas regulaciones constituyere la violación a los derechos humanos sería violatoria a estos derechos que se consignaran en cualquier constitución, aun cuando se procediera a una reforma total de ésta (S. 9:00 a. m. del 8 de mayo de 1995, B. J., p. 12).

Esta sentencia nos remite a los dos criterios para determinar el carácter parcial o total de la reforma a la Constitución, lo cual merece algunas observaciones:

a) Si se reforman más de la mitad de los artículos, las dos terceras partes o todos menos uno, nos indica que la reforma apunta a ser total y si la

reforma es menor a esas cantidades sería parcial, lo que es contrario al sistema cualitativo que también sigue, en el cual basta la reforma de uno o algunos artículos que supriman decisiones políticas fundamentales para ser total.

b) Sería absurdo pensar que, cuando se reformen cerca o más de la mitad de los artículos de la Constitución, no se reformen o supriman decisiones políticas fundamentales o la identidad de la misma, de lo contrario podríamos caer en un gatopardismo de cambiar para no cambiar, que no pocas veces se ha dado en nuestro constitucionalismo, en el cual se han realizado amplias reformas o dictando nuevas constituciones que no hacen más que repetir lo de otras anteriores o que simplemente se introducen nuevas figuras sin mayor trascendencia sobre el sistema anterior.

c) Para evitar este tipo de contradicciones quizá hubiera sido mejor pronunciarse definitivamente a favor del sistema cualitativo sin combinación con el cuantitativo.

Tanto el Poder Constituyente originario y el institucional tienen límites, pues no se puede pensar en poderes absolutos entre estos límites podemos citar: los derechos humanos (la Corte Suprema de Justicia sostiene que cualquier reforma, aunque sea total de la Constitución, que contenga regulaciones reñidas con el derecho de acceder a ejercitar cargos públicos viola los derechos humanos (S. 9:00 a. m. del 8 de marzo de 1995. B. J, pág. 12); los tratados internacionales; las costumbres, la cultura y aspiraciones del pueblo; la existencia de la división de poderes; el pluralismo social y político y la eliminación de un control de la constitucionalidad de los actos del Estado.

IV. ¿Reforma total o parcial de la Constitución?

La sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia por sentencia de las 12:45 pm del 15 de febrero de 2005 declaró que la inconstitucionalidad de la ley y la sentencia produce cosa juzgada, frente a todos, en el caso

de una sentencia el efecto *ex nunc* y la inaplicabilidad de la norma tal como ya señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 73 del 26 de septiembre y sentencia número 1 del 7 de enero de 1997. Agrega que una sentencia que declara que la norma sometida al conocimiento del órgano competente para el control es inconstitucional, es decir, contraria a la Constitución, la hace ser una norma inexistente; esto es, no es una norma aplicable a partir de la sentencia que así la declara, sino que es una norma que se encuentra más cercana a la anulabilidad ya que ésta, de la sentencia dictada en adelante, no puede ser utilizada para resolver conflictos jurídicos y no se puede aplicar a nadie: produce efecto de cosa juzgada formal, de la sentencia dictada en adelante no se puede utilizar para resolver conflictos jurídicos y no se puede aplicar a nadie pues produce efectos de cosa juzgada formal.

Pero en las últimas reformas constitucionales y en la Ley de Justicia Constitucional, la sentencia que declara inconstitucionalidad tendrá efectos desde la notificación de la sentencia que establezca, la anulabilidad de la norma con efectos generales. Es decir, con efectos para el futuro y simple inaplicabilidad contrariando el artículo 182 que establece que no tendrán valor alguno las leyes, tratados, ordenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones, base fundamental para el sistema de nulidad absoluta de la ley inconstitucional de los cuerpos legales señalados, con efectos retroactivos *ex nunc* de la Constitución por inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a la Constitución.

El artículo 71 de la Ley de Justicia Constitucional dispone que no procede el recurso por inconstitucionalidad contra la Constitución y sus reformas, excepto únicamente estando en vigencia si se alega la existencia de vicios de procedimientos en su tramitación discusión y aprobación. Esta disposición convierte en pétrea la constitución de las disposiciones sustantivas con el objeto de conservar la reforma de 2013.

I. Aplicación del *habeas data*

En un principio se establecieron las bases del *habeas data* contra las autoridades del Estado, en el artículo 26, inciso 4, de la Constitución, razón por la cual, como ya lo había sostenido, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de las 11:45 am del 19 de junio de 2008, le aplicó en forma pretoriana el procedimiento del amparo al *habeas data*, lo que significó un adelanto en las garantías constitucionales.

18. Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú

Domingo García Belaunde*

Gerardo Eto Cruz**

* Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Fundador y Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Fundador y Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

** Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Teoría General de los Derechos Humanos en el Perú. Ha sido Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y director del Centro de Estudios Constitucionales del mismo Tribunal.

SUMARIO: A. Introducción. B. Las sentencias constitucionales. 2.1. Definición. 2.2. Estructura de las sentencias constitucionales. 2.3. Clases de sentencias. a. Criterio formal de clasificación de las sentencias constitucionales. 1. Sentencias estimativas 1.1. Sentencias de simple anulación. 1.2. Sentencias interpretativas propiamente dichas. 1.3. Sentencias interpretativas-manipulativas. 1.3.1. Sentencias reductoras. 1.3.2. Sentencias aditivas. 1.3.3. Sentencias sustitutivas. 1.3.4. Sentencias exhortativas. 1.3.5. Sentencias estipulativas 2. Sentencias desestimativas. b. Criterio material de clasificación de las sentencias constitucionales. C. Lo que defienden las sentencias constitucionales. 3.1. Sentencias que tutelan la parte dogmática de la Constitución. 3.1.1. Sentencias de Hábeas Corpus. 3.1.2. Sentencias de Amparo. 3.1.3. Sentencias de Hábeas Data. 3.1.4. Sentencias de Cumplimiento. 3.2. Sentencias que tutelan la parte orgánica de la Constitución. 3.2.1. Sentencias en el proceso de inconstitucionalidad. 3.2.2. Sentencias en el proceso de acción popular. 3.2.3. Sentencias en el proceso competencial. D. Actuación y ejecución de sentencias constitucionales. 4.1. Preliminares. 4.2. Las sentencias constitucionales: ¿sentencias declarativas, constitutivas o de condena? 4.3. Mecanismos de cumplimiento de la sentencia constitucional y facultades de coerción. E. Ejecución de sentencias en Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data. 5.1. Ejecución de sentencias en Hábeas Corpus 5.2. Ejecución de sentencias en el Amparo y Hábeas Data. 5.3. Las medidas coercitivas previstas para la ejecución de la sentencia. 5.4. Otras herramientas procesales para la ejecución de las sentencias en los procesos constitucionales de la libertad. 5.5. Apremios adicionales que pueden aplicar los jueces ejecutores. 5.6. Apremios aplicables a los abogados de las partes. 5.7. Responsabilidad de los jueces ejecutores 5.8. Breve epílogo sobre la eficacia de las sentencias constitucionales de la libertad: La actuación de sentencia impugnada. La discreta posición del Tribunal Constitucional (TC). F. Ejecución de sentencias de cumplimiento, constitucionalidad y acción popular. 6.1. Ejecución de sentencias en los procesos de cumplimiento. 6.2. Efectos de las sentencias en el proceso de inconstitucionalidad. 6.2.1. Sobre las resoluciones de improcedencia liminar de la demanda. Sus efectos. 6.2.2. Inconstitucionalidad de normas conexas. 6.2.3. Efectos de las sentencias en relación al tiempo. 6.3. Efectos de la sentencia de acción popular. 6.3.1. Sobre la ilegalidad de normas conexas. 6.3.2. Acerca de las relaciones institucionales del Poder Judicial (PJ) y el TC con ocasión de los procesos del control abstracto de las normas. G. Ejecución de obligaciones patrimoniales en los procesos constitucionales. 7.1. Cuando el obligado es un particular. 7.2. Cuando el obligado es el Estado. 7.3. El caso de las costas y costos. H. Efectos personales de las sentencias constitucionales. I. La sentencia dentro del sistema de fuentes peruano. 9.1. La jurisprudencia como fuente del Derecho. 9.2. La jurisprudencia constitucional y el precedente vinculante como fuente del Derecho. 9.3. La posición del precedente vinculante dentro del sistema de fuentes. J. POST SCRIPTUM. K. Bibliografía.

A. Introducción

En el sistema procesal peruano, los actos procesales a través de los cuales se impulsa, o se decide al interior del proceso, o se pone fin al mismo, se expresan a través de decretos, autos o sentencias. Un acto jurisdiccional de especial relevancia, y que va a definir la incertidumbre jurídica de las partes, es la sentencia. Es la tercera fase de todo procedimiento expresado en la *decisión*, "cerrada la discusión, el juez queda solo", dirá Carnelutti.¹

Hoy es un lugar común afirmar que las constituciones incorporan diversas normas para garantizar una idónea impartición de justicia, entre las que se ubican diversos principios y derechos de la función jurisdiccional. Actualmente los contenidos del derecho procesal en la constitución se expresan a través de determinados fundamentos, elementos o contenidos, como son: la "Jurisdicción" (o Poder Judicial), la "Acción" (o derecho a la tutela judicial efectiva) y el "Proceso" (o instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional).² El artículo 139, inciso 2, de la Constitución de 1993 establece la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; y en su parte pertinente establece que "[ninguna autoridad] puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias ni retardar su ejecución". Con este delineamiento, se encuentra subyacente la noción y la naturaleza de la ejecución, puesto que no sólo se pone en evidencia que la jurisdicción no se limita a la *iuris dictio*, esto es, a decir el derecho, sino que incorpora la última fase de todo proceso: su *ejecución*. Un esquema conceptual simple es que, de ordinario, en todo proceso se declare el derecho (proceso de declaración) y luego se proceda a su ejecución (proceso de ejecución),³ aun cuando este esquema no siempre ocurra así.

¹ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Oxford University Press, vol. 4., 1999, p. 136.

² Garberí Llobregat, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Pamplona, Civitas, 2009, pp. 32-33

³ Montero Aroca, Juan, "Problemas generales de la ejecución forzosa", en *La ejecución civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 29.

El problema de los efectos de las sentencias, y particularmente el de las sentencias constitucionales, no sólo ha abierto un importante debate teórico, sino que, en los hechos, resulta ser un problema práctico: que lo que ha sido dispuesto por el órgano de jurisdicción constitucional pueda ser concretizado y se ejecute en los términos allí resueltos. Para ello, se parte de que en un proceso constitucional se ha culminado con una sentencia estimatoria en donde se ha realizado, en términos haberlianos, la concretización de un derecho constitucional sustantivo.⁴

El Tribunal Constitucional ha señalado que "la ejecución es, por tanto, el instituto jurídico que permite que el discurso argumentativo del Tribunal cobre vida, transformando un 'estado de cosas' o situaciones concretas en el plano de los hechos".⁵

B. Las sentencias constitucionales

2.1 Definición

El TC peruano ha venido desarrollando una intensa labor a fin de concretar la garantía jurisdiccional de la Constitución y un sistema de control constitucional abierto; si bien no exento de críticas a un conjunto de fallos, no obstante, ello no impide reconocer un importante aporte en el desarrollo de conceptos y categorías que permiten un desarrollo auto-sostenido de la jurisdicción constitucional peruana.

Por lo pronto, todas las sentencias son constitucionales o, como *desiderátum*, deben serlo, en la medida en que deben basarse en la Constitución y deben respetarla. Y si esto no sucede, pues simplemente estamos ante sentencias inconstitucionales, contra las cuales en numerosos ordenamientos existen remedios para conjurarlas.

⁴ Häberle, Peter, "El Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional", en *Nueve Ensayos y una lección jubilar*, Lima, Palestra, 2004, pp. 23 y ss.

⁵ STC 4119-2005-PA/TC, FJ 19.

Pero esto en puridad no es lo que ahora nos interesa. Lo que nos preocupa más bien es el sentido estricto de lo que es una sentencia constitucional. Y por ella debemos entender la que es resultado de un proceso constitucional, si por tal entendemos lo que regula cada legislación positiva, en nuestro caso, el Código Procesal Constitucional. Adelantando una definición se podría sostener que sentencia constitucional es toda aquella resolución que pone punto final a un proceso constitucional, sea en sede judicial, sea en sede constitucional. Pero con carácter de firme.

El TC ha precisado por su parte que las sentencias constitucionales son aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales y a reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad, su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.⁶ Nos encontramos básicamente con un concepto descriptivo de sentencia, similar al que establece el Código Procesal Civil, que define a la sentencia como aquella resolución que pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, mientras se pronuncia en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida al declarar el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.⁷ Sin

⁶ STC 0024-2003-AI/TC.

⁷ Artículo 121 del Código Procesal Civil.

embargo, el Tribunal Constitucional ha ido más allá y ha complementado su definición al sostener que los fallos en materia constitucional rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

2.2. Estructura de las sentencias constitucionales

Al deslindar la conceptualización que le imprime la legislación procesal civil, el TC ha considerado delinear la *estructura interna* de sus propios fallos, con lo que se asimila el influjo de la doctrina comparada y ciertas características que le perfilan algunos tribunales como la Corte Constitucional de Colombia.⁸ Así, el TC ha expresado que sus fallos se componen de los siguientes elementos: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (la *ratio decidendi*), la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

La razón declarativa-axiológica: El TC la define como "aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución".⁹ En esta parte de la sentencia, lo que el TC realiza es una actitud estimativa de juicio de valor concomitante a la interpretación y aplicación de las disposiciones y normas de la Constitución. A partir de este razonamiento axiológico, el TC justifica una determinada opción dentro de las posibles soluciones de un conflicto. Es probable que subyazca en esta parte una apreciación tridimensional, en la que el fenómeno jurídico, en este caso, una disputa constitucional, no está exenta de una apreciación axiológica de los que tienen que resolver dicha causa.

⁸ Vid. por ejemplo Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176 y ss.

⁹ STC 0024-2003-AI/TC.

La razón suficiente: De acuerdo con este elemento, el TC "expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa que adopta el Tribunal Constitucional".¹⁰ La *ratio decidendi* se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir en favor o en contra una causa de naturaleza constitucional. En consecuencia, "es la regla o principio que el Colegiado establece o precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis".¹¹ El TC se ha pronunciado aunque en términos laxos, sobre el problema de cómo identificar la *ratio decidendi* de una sentencia. Así ha dicho que, "puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas".¹² Lo cierto es que siempre habrá de existir una razón como pedestal de argumento que es lo que va a determinar que una causa sea resuelta de una determinada manera.

La razón subsidiaria o accidental: El TC la define como "aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan".¹³ Son, pues, los "dichos de paso" y, aunque no tienen fuerza vinculante, sí poseen una fuerza persuasiva y se complementan como un criterio auxiliar de la interpretación. El TC en diversos fallos ha acogido los *obiter dicta* de manera pedagógica cuya pretensión es establecer un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a una materia; un rol de esta parte de las sentencias, como lo aclara el propio TC, es que va a permitir a los operadores jurisdic-

¹⁰ STC 0024-2003-AI/TC.

¹¹ STC 0024-2003-AI/TC.

¹² STC 0024-2003-AI/TC.

¹³ STC 0024-2003-AI/TC.

cionales y a los justiciables "predecir" o "pronosticar" la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

La invocación preceptiva: Es aquella parte de la sentencia en la que se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.¹⁴ En buena cuenta, según fuere la naturaleza del proceso constitucional que se discuta, la jurisdicción constitucional determinará qué tipo de norma constitucional se encuentra en juego, desde las cláusulas que regulan la parte dogmática de la Constitución; o aquellos procesos que involucran el control constitucional de las leyes o los relacionados a los conflictos de competencia.

La decisión o fallo constitucional: Es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.¹⁵ Es, por tanto, la parte definitiva y, por ello, la que define el resultado de la controversia constitucional si es un fallo estimatorio o desestimatorio.

2.3. Clases de sentencias

El derecho procesal constitucional ha encofrado en cimiento armado una compleja variedad de *tipos* de sentencias constitucionales,¹⁶ a partir

¹⁴ STC 0024-2003-AI/TC.

¹⁵ STC 0024-2003-AI/TC.

¹⁶ Vid. Al respecto a Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1984; igualmente a nivel latinoamericano a Escobar Fornos, Iván, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 49 y ss; y Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Honrad Adenauer Stiftung y AD-HOC, 2006, pp. 73 y ss.

de los fallos o decisiones de los órganos de jurisdicción constitucional; ello ha llevado a vadear las clásicas sentencias típicas, por lo que existe hoy un trasiego teórico de mayor complejidad.

Aunque queda a la excogitación de los autores las encrucijadas teóricas que hoy se presentan en torno a estas variantes y sub-tipologías de sentencias constitucionales, partimos de una clasificación consensuada en la doctrina, a través de un determinado criterio: el *formal* y el *material*. El criterio de esta distinción es el fallo sobre *el fondo* de lo resuelto. Así, el criterio formal dirá que son *sentencias formales* según sea el sentido del fallo o de la decisión (fundada o infundada o estimativa o desestimativa); y *sentencias materiales* según la operación que se desarrolla en la sentencia sobre el litigio constitucional. El criterio formal en parte se identifica con lo que se ha denominado "sentencias típicas", entre las que se distinguen a las sentencias estimativas y desestimativas, que pasaremos a abordar en la versión peruana.

a. Criterio formal de clasificación de las sentencias constitucionales

1. Sentencias estimativas

Son aquellas que declaran fundada la pretensión postulatoria. A este respecto el TC ha conceptualizado a las sentencias estimativas como: "aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional".¹⁷ No obstante, serán también sentencias de este tipo aquellas provenientes de fallos fundados en procesos constitucionales de la libertad, como los de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

¹⁷ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.

A partir de esta noción, la doctrina ofrece en otros horizontes un vasto panorama de tipologías y particulariza los contenidos que allí se resuelven. Esto ha obligado al Tribunal peruano a construir un primer esquema tentativo de sentencias estimativas en tres niveles, a partir de los delineamientos establecidos en la STC 0004-2004-CC/TC.

1.1. Sentencias de simple anulación

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto.¹⁸ El TC reconoce en parte en dicho fallo que bien pueden subdividirse las sentencias de simple anulación como: *total* y *parcial*. Así, la estimación es *parcial* cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley, puede ser un artículo, un párrafo, etc., y por tanto, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. De otro lado, la estimación es *total* cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; y por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico. Por lo general, este tipo de sentencias giran en torno al control abstracto de constitucionalidad de una ley. Ello, sin embargo, no impide que también se ubiquen en esta tipología sentencias de tutela de derechos fundamentales, en la que los órganos de justicia dispongan efectivamente de la anulación de un determinado acto lesivo.

1.2. Sentencias interpretativas propiamente dichas

A partir de la distinción operada en la estructura de las normas, sobre *disposiciones* propiamente dichas y *normas*, la *Corte Costituzionale* de Italia,¹⁹ en su momento y al influjo de la doctrina de la Suprema Corte de

¹⁸ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.1.

¹⁹ Vid. al respecto Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 163 y ss.; y Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè Edit., 2001, pp. 231 y ss.

Estados Unidos, empezó a producir fallos de esta naturaleza, aun cuando se les identifica indistintamente como "sentencias estimatorias interpretativas" y "sentencias de estimación parcial".²⁰

Con todo, si el órgano de jurisdicción constitucional examina no a la disposición (la redacción, el texto, el fraseo que forma la oración jurídica), sino a la norma (la regulación normativa) cuando las disposiciones y normas no son biunívocas, o habiendo varias disposiciones complejas de las que derivan varias normas, o disposiciones ambiguas, o cuando de las disposiciones puedan recabarse más normas, por vía interpretativa, de contenido diverso, se obtienen las sentencias interpretativas, que por regla general son: de rechazo y de acogida.²¹

El TC peruano señala que las sentencias interpretativas [aparecen] "cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "normas nuevas", distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen".²² Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.²³

1.3. Sentencias interpretativas-manipulativas

Aun cuando en la literatura italiana el término "sentencia estimatoria parcial" o "sentencia estimatoria interpretativa" identifica a las sentencias "manipulativas"²⁴ y que todas giran en torno al pronunciamiento sobre

²⁰ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, prólogo de Luis López Guerra, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 62 y ss.

²¹ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1987, p. 593.

²² STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.2.

²³ Vid. STC 0042-2004-AI/TC dictada en el Caso del impuesto a los espectáculos taurinos; y la STC 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI (acumulados) recaída en el Caso de las ONG.

²⁴ Bin, Roberto y Pitruzzella, Giovanni, *Diritto Costituzionale*, 2a. ed., Torino, Giappichelli Editore, 2001, p. 444.

la norma, el TC peruano ha establecido el reconocimiento expreso de este tipo de sentencias. Así sostiene que "en este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de Ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva".²⁵

De acuerdo con esta definición, el TC entiende que la operación *ablativa* consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma que colisiona con el Comando Normativo de la Constitución. En tal situación, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes", lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. A su turno, la operación *reconstructiva* o de *reposición* consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

Ha sido el propio TC el que al hacer suyos los argumentos de este tipo de sentencias, en el que justifica dichos fallos, en razón a dos principios de su actividad jurisdiccional, como son: el *principio de conservación de la ley*, en el que el operador intérprete de la norma debe, *prima facie*, reputar constitucional la ley hasta donde sea razonablemente posible con el fin de afirmar la seguridad jurídica en un sistema jurídico, siendo la expulsión de una ley la última *ratio* a la que debería apelarse;²⁶ y el *principio de interpretación desde la Constitución*, mediante el cual se le asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a fin de que guarde armonía e identidad con el plexo del texto fundamental *in totum*. Anota el TC que "dicha interpretación —desde la Constitución— hace que la ley sea conforme a la Constitución; con la opción, para tal efecto,

²⁵ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.

²⁶ La *praxis* de la jurisdicción constitucional pone de manifiesto que la expulsión de la norma inconstitucional puede terminar siendo más gravosa en sus consecuencias que su propia permanencia dentro del ordenamiento jurídico. *Vid.* al respecto, la STC 0010-2002-AI/TC pronunciada en el Caso de la inconstitucionalidad de la legislación terrorista.

de que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos. Igualmente el TC, al pronunciarse sobre este tipo de sentencias, reconoce diversas variables de la ingente sub-tipología que existe a nivel comparativo.

A continuación se pasará revista de estas variantes de *sentencias interpretativas-manipulativas*, por lo menos de lo que el TC reconoce, aun cuando, de un universo de 604 demandas de inconstitucionalidad planteadas y actualizadas al 31 de agosto de 2021 han utilizado en muchas oportunidades la técnica de las sentencias interpretativas o manipulativas frente a la utilización normal que realizan los tribunales constitucionales comparados.²⁷

1.3.1. Sentencias reductoras

Normalmente son las que señalan que una norma o precepto es contrario a la Constitución en una parte (frases, palabras, líneas, etc.) y generan un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva o desmesurada. Lo normal en este tipo de sentencias es que el fallo no afecte al texto o a la disposición, pero sí al contenido normativo. Aquí, la sentencia ordena una restricción o acortamiento o "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo en relación con algunos de los supuestos contemplados genéricamente o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.²⁸ Esto supone que la inaplicación

²⁷ STC 0047-2004-AI/TC, FJ 38. Al respecto, puede verse un reciente trabajo en Figueroa Mejía, Giovanni, *Estudios sobre control constitucional y convencional*, prólogo de Néstor Pedro Sagüés, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2020.

²⁸ STC 0015-2001, 0016-2001, 0004-2002-AI (Acumulados), en donde se impugnaba el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, el cual establecía: "Los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituyen bienes inembargables". El Tribunal concluyó que no todos los referidos depósitos podrían ser considerados de dominio público, por lo cual no todos eran inembargables. Así deviene en inconstitucional el sentido interpretativo que se deriva de la disposición según el cual "todo" depósito de dinero existente en una cuenta del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituye un bien inembargable. Ello en

va a comprender a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primigeniamente previstos.

El propio TC reconoce que los efectos de este tipo de sentencias reductoras van a restringir el ámbito de aplicación de la ley impugnada sobre algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.²⁹

1.3.2. Sentencias aditivas

Son aquellas no que declaran la inconstitucionalidad del texto de la norma o de la disposición general cuestionada, sino de los textos o normas que debieron consignarse para que la norma impugnada sea plenamente constitucional. Es decir, mediante este tipo de sentencias se efectúa el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, añadiendo al texto normativo original supuestos o consecuencias jurídicas distintos a los inicialmente contemplados, con el fin de evitar que una ley cree por omisión situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.³⁰

Como ha señalado el TC peruano este tipo de sentencia es utilizada para remediar la violación del principio de igualdad que se produce como consecuencia de una omisión legislativa inconstitucional; así, ha dicho

atención a que si el TC hubiese declarado sin más la inconstitucionalidad del precepto se hubieran derivado inconstitucionales afectaciones al Presupuesto de la República.

²⁹ Vid. STC 0014-1996-AI/TC recaída en el Caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Política Nacional de Población.

³⁰ STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados). El literal b) del artículo 55° del Decreto Ley N.º 20530, modificado por el artículo 7° de la Ley N.º 28449, que pretendía que la pensión de orfandad a los mayores de 18 años que seguían estudios universitarios. El Tribunal declaró inconstitucional la palabra "universitarios", de modo tal que pueda interpretarse que el supuesto normativo se extienda también a quienes sigan satisfactoriamente estudios superiores. De esta forma, se evitaba la afectación al principio-derecho de igualdad consagrado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución.

el TC que "al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada".³¹

1.3.3. Sentencias sustitutivas

Aquí lo que realiza el TC es sustituir una parte del texto por otra formulada por el mismo en el nivel de interpretación; este tipo de fallo establece que el precepto es declarado inconstitucional "en cuanto prevé..." o señala "algo", "en lugar de" otro aspecto que debería prever para ser constitucional. El TC peruano las ha conceptualizado y ha señalado que "son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley".³²

1.3.4. Sentencias exhortativas

Estas sentencias son llamadas también de recomendaciones al legislador y engloban un conjunto de formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo, lo que significa una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Las exhortaciones, por lo general, aparecen como *obiter dictum*, y señalan los principios que han de seguirse en la elaboración de una nueva ley, por lo que bien

³¹ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.2. Vid. sobre las omisiones constitucionales y legales a Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998; Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El Control Constitucional de la Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano*, México, Edit. Fundap, 2004.

³² STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.3.

pueden admitirse varias formas de exhortaciones, que van desde el simple consejo³³ hasta fórmulas más coactivas.³⁴

La praxis de esta sentencia en el Perú es, en muchos casos, permanente; en lo que respecta a la conceptualización de estas sentencias, el TC señala que son aquellas en las que el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Sin embargo, en lugar de declarar su invalidez constitucional, le confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

Los efectos de este tipo de sentencias resultan ser muy particulares, por cuanto subyace en ella el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual

³³ STC 0048-2004-AI/TC, tras declarar infundado el proceso de inconstitucionalidad, dispone exhortar al Congreso de la República para que establezca los mecanismos legales pertinentes con el propósito de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla con los objetivos señalados en la Ley y, también, para que diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia de modo que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de los recursos. Además, para que se comprenda en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. STC 01717-2014-PC donde se exhorta al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa.

³⁴ STC 0023-2003-AI/TC. Corresponde al Caso del Código de Justicia Militar, en el cual el Tribunal resuelve "EXHORTAR al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia" (Numeral 3 del Fallo).

Asimismo, mediante STC 0008-2005-PI/TC recaída en el proceso de impugnación de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, el fallo de Infundado se complementa con una exhortación al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, dirá "en la presente legislatura", las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Igualmente, en la STC 05427-2009-PA (FJ 66) y en su parte resolutoria, se dispuso exhortar al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108 de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo; esto es, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo, con lo cual, en parte, esta figura se homologa con la versión de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada por el Congreso. Igualmente, el TC ha pronunciado en forma puntual que la exhortación de estos fallos puede concluir por alguna de las siguientes vías:

- a) Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- b) Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.³⁵
- c) Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Sobre el particular, el TC ha producido una importante cantidad de sentencias en esta materia, exhortando a los poderes del Estado; empero, dichos fallos, en puridad, no tienen efectos vinculantes. No obstante, puede ocurrir que en el segundo supuesto antes señalado vincule posteriormente al legislador por su incumplimiento, y en el tercer supuesto, impuesta una recomendación encaminada a que efectúe el legislador una determinada actividad y éste no lo hiciera, sí sería posible una posterior sentencia que sí declare la inconstitucionalidad (*sentenze monito*).³⁶

1.3.5. Sentencias estipulativas

Finalmente, el TC identifica a esta variante de sentencia estimativa manipulativa como aquella en la que el órgano de control de la consti-

³⁵ STC 0004-2004-CC/TC recaída en el Caso del Conflicto de Competencias por el presupuesto del Poder Judicial.

³⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 123-124.

tucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. No obstante, bien cabe aquí formular una legítima crítica, porque se observan permanentemente sentencias que pretenden convertirse en pedagógicas, dando a entender que ellas cumplen un rol docente que consiste en hacer llevar ese saber a toda la comunidad. En realidad, las sentencias no están hechas ni pensadas para enseñar a litigantes y abogados, las sentencias no son para eso. Lo que debe hacerse en una sentencia es resolver un conflicto, despejar una duda o precisar un derecho.³⁷ Sin embargo, muchas altas cortes apelan a este tipo de sentencias, a fin de generar una suerte de sentimiento constitucional en la sociedad en su conjunto.

2. Sentencias desestimatorias

Desde las primeras reflexiones sobre la eficacia de las sentencias desestimatorias pergeñadas por Piero Calamandrei³⁸ hasta la actualidad, se podría decir que esta tipología es uno de los temas más complejos para el derecho procesal constitucional, dado el laberinto de conceptos en torno a su naturaleza y a la forma como ha sido adaptada por cada particular modelo de jurisdicción constitucional.³⁹

Por lo pronto, las sentencias desestimatorias se expresan en:

- a) *Sentencias desestimatorias simples o puras*, en las que el fallo desestima la postulación de alguna pretensión del proceso constitucional; el TC las califica como *desestimación por rechazo simple*, y en las que la judicatura constitucional resuelve declarar infundada la demanda presentada; y

³⁷ García Belaunde, Domingo, "Las sentencias constitucionales (la experiencia peruana de un quinquenio: 2001-2006)", en *Revista Judicial* 2007, Tacna, Corte Superior de Justicia de Tacna, 2007; igualmente en *De Iure. Solo para litigantes*, núm. 1, octubre de 2007.

³⁸ Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, pp. 29 y ss.

³⁹ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 21.

- b) *Sentencias interpretativas de desestimación*, cuya decisión define la constitucionalidad de la norma "si se interpreta" o es "interpretada" en conformidad con lo que dispone el Tribunal Constitucional; a esta variante el TC la califica como "desestimación por sentido interpretativo" o "interpretación *strictu sensu*", en cuyo caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada.⁴⁰

El Tribunal Constitucional peruano, al incorporar ciertas características propias de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, ha señalado que "las sentencias desestimatorias son aquellas que declaran según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad".⁴¹ A diferencia de una compleja polémica que no ha amainado en España e Italia, respecto a los efectos de las sentencias desestimatorias, en nuestro ordenamiento procesal una sentencia desestimatoria en un proceso de inconstitucionalidad impide una nueva interpretación fundada en idéntico precepto constitucional; por otro lado, el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad planteada con ocasión de un vicio formal de la ley no obsta para que ésta pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo.⁴²

Con todo, el propio Colegiado Constitucional se ha interrogado si las decisiones desestimatorias del TC en los procesos de inconstitucionalidad tienen algún efecto y, de ser así, si éstas pueden "ejecutarse". Conforme a lo que veremos luego, la propia Constitución ha delineado en los artículos 204 y 81 los aspectos procesales en torno a la ejecución de las sentencias en los procesos de control normativo.

⁴⁰ Vid. STC 0002-2005-PI/TC en la cual se realiza un análisis tanto de la validez formal y material de la ley impugnada, de manera que se resuelve que ésta es interpretada en el sentido más coherente con el texto fundamental.

⁴¹ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 4.

⁴² Vid. los trabajos de Carpio Marcos, Edgar, "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional" y Castañeda Otsu, Susana Ynés, "El Proceso de Acción Popular: Un análisis preliminar", ambos en *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 215-268.

b. Criterio material de clasificación de las sentencias constitucionales

Como ya se ha señalado, bien cabe identificar, al menos por razones propedéuticas, este último criterio, teniendo en cuenta los efectos que realmente dispone el fallo respecto al contenido normativo del precepto cuestionado. Este criterio material resulta válido, como ha apuntado en su momento Javier Díaz Revorio,⁴³ si se repara en lo siguiente:

a) Todas las sentencias interpretativas que realiza el Tribunal Constitucional son materialmente estimatorias; toda vez que del archipiélago de interpretaciones que puede presentar una norma, al menos una de ellas es contraria a la Constitución; o que parte del contenido normativo es inconstitucional; por lo que una sentencia interpretativa debería ser siempre formalmente de estimación;

b) Todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio. En efecto, estas sentencias pueden rechazar una o varias —o todas menos una— entre las aristas de interpretación que puede generar una norma; esto es, las sentencias serán materialmente interpretativas estimatorias en sentido estricto; empero, se presentan sentencias interpretativas formalmente desestimatorias que enmascaran en realidad pronunciamientos que pueden ser de tipologías reductoras, aditivas o sustitutivas; o, finalmente, sentencias formalmente aditivas que contienen en realidad un pronunciamiento materialmente reductivo.

C. Lo que defienden las sentencias constitucionales

Lo que normalmente ha caracterizado a toda decisión constitucional y ha perfilado su régimen jurídico es el objeto o materia que va a definir; esto es, en torno a qué materias relevantes de naturaleza constitucional se va a pronunciar o va a defender.

⁴³ Díaz Revorio, Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 64-65.

El artículo II del TP del Código Procesal Constitucional define los fines de los procesos constitucionales como son: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. La Ley 31307 que ha establecido las reformas al citado código y que se ha auto titulado "Nuevo Código Procesal Constitucional", pero que en el fondo no es más que una serie de reformas a la Ley 28237, sigue manteniendo en el mismo artículo II del T.P. de hecho lo mismo: "Sin fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa".

En el Perú existen siete procesos constitucionales. Se podrá apreciar que las sentencias de cada proceso constitucional van a defender por un lado los derechos fundamentales: el cumplimiento de las normas o actos administrativos, la jerarquía normativa y la competencia o atribuciones asignadas por la Constitución a los distintos poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En mérito a esto, y en apelación a *los contenidos* de la jurisdicción constitucional que delinea en su momento Mauro Cappelletti, bien se puede distinguir: a) las sentencias constitucionales que defienden la parte dogmática de la Constitución; y b) las sentencias que defienden la parte orgánica de la Constitución.

3.1. Sentencias que tutelan la parte dogmática de la Constitución

Aunque esta expresión sólo cabe identificarla por razones estrictamente expositivas o pedagógicas, dado que para ahondar el análisis tenemos que dividir y hacer categorías no necesariamente tajantes, aludimos a este tipo de sentencias que giran en torno a la defensa de los derechos fundamentales y que forman parte de cuatro procesos constitucionales "compartidos"; puesto que *prima facie*, son conocidos por la judicatura

ordinaria (Poder Judicial); y luego si dicha jurisdicción emite una sentencia desestimativa o denegatoria de la pretensión del actor, éste puede recurrir al Tribunal Constitucional vía el recurso de agravio constitucional. Estas sentencias son las que derivan de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data e incluso bien cabe identificar aquí al Proceso de Cumplimiento. A continuación pasaremos revista de modo somero de los derechos que van a defender cada una de estas sentencias, según fuere la naturaleza del proceso constitucional que entra en juego.

3.1.1. Sentencias de Hábeas Corpus

Van a girar en torno a la defensa de la *libertad individual* en sus múltiples dimensiones: ello fluye en términos meridianos de su propia configuración constitucional de la doctrina y de una práctica secularizada que dimana de tiempos inmemoriales. (artículo 200, inciso 1 de la Constitución).⁴⁴ El Código Procesal Constitucional precisa en el artículo 25, hoy en el artículo 33 de su actual reforma los derechos que defiende: "Procede el Hábeas Corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual"; y a partir de dicha disposición se enuncian diversas dimensiones en 22 incisos; adicional a ello debemos señalar que la Constitución sin precedente alguno —si tomamos como referencia desde la Constitución de 1920 hasta la de 1979— establece que las sentencias de Hábeas Corpus defienden igualmente los "derechos constitucionales conexos a la libertad individual"; situación que, si bien es redundante, se le ha querido dotar de un eufemismo que incide en cualquier otra dimensión vinculada a la libertad individual. El Código le ha designado al Hábeas Corpus un régimen específico sobre el *contenido de las sentencias estimativas*. El contenido de las sentencias estimativas del Hábeas Corpus se encuentra señalado en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, conforme veremos luego en torno a la ejecución de este tipo de sentencias.

⁴⁴ García Belaunde, Domingo, *El Hábeas Corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.

3.1.2. Sentencias de Amparo

Probablemente es el proceso constitucional de mayor presencia ante el TC.⁴⁵ Las sentencias de este tipo de procesos van a girar en torno a la defensa de los derechos constitucionales. La Constitución a este respecto en el artículo 200, inciso 2, establece que el amparo procede frente a la violación o amenaza de "los demás derechos reconocidos por la Constitución"; con excepción de la libertad individual y de los derechos establecidos en el artículo 2, inciso 5 y 6 que van a ser tutelados por las sentencias de los procesos de Hábeas Data. El Código Procesal Constitucional al pronunciarse sobre los derechos que tutela el amparo (artículo 7.1) le ha perfilado una *naturaleza subsidiaria o residual* frente a la antigua legislación que, con intermitencias el TC, aludía que eventualmente era alternativa u optativa, y en otras, subsidiaria; con todo, estas situaciones han sido vadeadas ya por la actual legislación. El Código, igualmente establece ciertos contenidos que debe tener una sentencia estimativa en un proceso de amparo, como son las siguientes.

3.1.2.1. Contenido de las sentencias estimativas de amparo

El artículo 52 del Código establece los contenidos que debe tener la sentencia de amparo, como de los demás procesos de hábeas data y procesos de cumplimiento. La fórmula original del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) era más precisa, pues aludía a los "contenidos de la sentencia fundada". Con todo, el actual artículo 52, lo que hace es *reubicar* lo que antes estaba en el artículo 17 que establecía una suerte de los contenidos que debía tener una *sentencia tipo*, en los procesos de la tutela de las libertades fundamentales. La versión original que ha sido suprimida en el actual "Nuevo Código Procesal Constitucional" (sic)

⁴⁵ Así, al 31 de agosto de 2021, se han publicado 88283 sentencias correspondientes a procesos de amparo; 11095 correspondientes a acciones de cumplimiento; 18454 correspondientes a procesos de hábeas corpus; 2049 correspondientes a procesos de hábeas data, 575 correspondientes a acciones de inconstitucionalidad; y, 129 correspondientes a conflictos de competencias. *Vid.* estas cifras en «<https://www.tc.gob.pe/institucional/estadisticas/>».

disponía en el artículo 55 una técnica más precisa, pues ordenaba que la sentencia que declaraba fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

1. Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
2. Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
3. Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales y la orden de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
4. Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

El Código original igualmente establecía que el juez puede establecer otros efectos de la sentencia atendiendo al caso concreto.

Hoy, el artículo 52 del actual Código dispone:

Artículo 52.- Sentencia

La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título contiene, según sea el caso:

- 1) La identificación del demandante;
- 2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona autora de la violación o amenaza de un derecho constitucional; o de aquél que es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
- 3) La determinación precisa del derecho constitucional vulnerado o amenazado, o las consideraciones por las cuales no ha sido infringido o amenazado; o de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;

- 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;
- 5) La decisión adoptada señalando, en su caso, bajo responsabilidad, el mandato concreto dispuesto.

3.1.3. Sentencias de Hábeas Data

Este proceso constitucional fue por vez primera incorporado en la Constitución vigente de 1993 y se incorporó normativamente en el artículo 200, inciso 3, cuya procedencia gira contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los supuestos establecidos en el artículo 2, incisos 5 y 6, de la Constitución; por lo que las sentencias en este proceso van a tutelar determinados derechos específicos, que han sido desarrollados al hilo del Código Procesal Constitucional primigenio, artículo 61 que desarrollaba tanto el *acceso a la información* de las reparticiones públicas, como la *autotutela de la información* personalizada. En efecto, la sentencia de Hábeas Data va a regular los mismos contenidos que se aplican supletoriamente para la sentencia de amparo (artículo 52 del actual Código, como hemos visto líneas arriba), por lo que se pronuncia en forma más explícita en torno a los siguientes derechos, hoy establecidos en el artículo 59:

Artículo 59.- Derechos protegidos

El Hábeas Data procede en defensa del derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5 de la Constitución.

También procede en defensa del derecho a la autodeterminación informativa, enunciativamente, bajo las siguientes modalidades:

- 1) Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.
- 2) A conocer y supervisar la forma en que la información personal viene siendo utilizada.

- 3) A conocer el contenido de la información personal que se almacena en el banco de datos.
- 4) A conocer el nombre de la persona que proporcionó el dato.
- 5) A esclarecer los motivos que han llevado a la creación de la base de datos.
- 6) A conocer el lugar donde se almacena el dato, con la finalidad de que la persona pueda ejercer su derecho.
- 7) A modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa.
- 8) A incorporar en el banco de datos aclaraciones que tengan como finalidad adicionar información cierta pero que por el transcurso del tiempo ha sufrido modificaciones.
- 9) A incorporar información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado.
- 10) A incorporar al banco de datos una información omitida que perjudica a la persona.
- 11) A eliminar de los bancos de datos información sensible que afecta la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona.
- 12) A impedir que las personas no autorizadas accedan a una información que ha sido calificada como reservada.
- 13) A que el dato se guarde bajo un código que sólo pueda ser descifrado por quien está autorizado para hacerlo.
- 14) A impedir la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, con la finalidad de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.
- 15) A solicitar el control técnico con la finalidad de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual ha sido almacenado.
- 16) A impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.

3.1.4. Sentencias de Cumplimiento

Tienen por objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública que ostenta una conducta omisiva, contumaz o renuente, dé cumplimiento de lo que dispone una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa, o dictar un reglamento. Este proceso se ve regulado en sede constitucional en el artículo 200, inciso 6 y, específicamente el objeto o materia de pronunciamiento del fallo, en el artículo 65 del Código Procesal Constitucional.

3.1.4.1. Contenido de la sentencia estimativa en el proceso de cumplimiento

Igual que los demás procesos constitucionales de la libertad, el legislador ha establecido en el artículo 72 del primigenio Código Procesal Constitucional (Ley 28237), y que el actual Código lo mantiene expresamente y en el mismo artículo 72, que la sentencia que declara fundada la demanda se debe pronunciar preferentemente respecto a:

1. La determinación de la obligación incumplida,
2. La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir,
3. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de 10 días,
4. La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efectos de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

3.2. Sentencias que tutelan la parte orgánica de la Constitución

Como ha sido delineada hoy por consenso en la doctrina, la tutela de la parte orgánica de la Constitución⁴⁶ responde a la protección directa de

⁴⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2001, p. 211.

las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector se ubica el control de la constitucionalidad de las leyes que según los modelos, aunque relativizado en los tiempos actuales, se presenta como control abstracto, asignado a una magistratura especializada como es el Tribunal Constitucional.

El modelo peruano de jurisdicción constitucional cuenta con tres procesos constitucionales, cuya característica fundamental radica en que son *procesos exclusivos* y no compartidos como ocurren con los procesos que forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad. Estos procesos son: a) la Acción Popular que es de competencia exclusiva del Poder Judicial; b) el Proceso de Inconstitucionalidad; y c) El Proceso Competencial; estos últimos de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (artículo 200, inciso 1 y 3 de la Constitución). Por lo pronto, estos procesos garantizan la primacía y la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa (artículo II del TP y artículo 80 del Código Procesal Constitucional); y por otro lado, el proceso competencial va a girar en torno a los conflictos que se susciten frente a las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

Veamos cada una de las sentencias y los derechos y principios que tutelan.

3.2.1. *Sentencias en los Procesos de Inconstitucionalidad*

La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la *defensa de la Constitución*, tal y como se desprende del artículo II del TP del Código Procesal Constitucional y de su regulación específica establecida en el artículo 74 del mismo Código; defensa que, por lo demás, es de la dimensión de la norma jurídica suprema formal y estática, como también de la norma

material y dinámica. En consecuencia con ello, el artículo 74 del Código Procesal Constitucional señala que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad "la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa". Esta norma alude al principio de jerarquía normativa, que es el que en última y definitiva instancia determina la validez o invalidez constitucional de una ley o norma con rango de ley. En mérito a ello, una norma infraconstitucional será válida sólo si compatibiliza formal y materialmente con la Norma Superior, como es en este caso la Constitución, de lo que se desprende que el parámetro del control de la constitucionalidad de las leyes está siempre integrado *prima facie* por un Comando Normativo Mayor: la Constitución; por otro lado, las sentencias del control abstracto giran también en torno al *principio de competencia* de los distintos órganos constitucionales, a fin de evaluar su validez o invalidez constitucional de las citadas normas con rango de ley. Igualmente el parámetro del control de constitucionalidad está integrado por el bloque de constitucionalidad (artículo 78 del Código Procesal Constitucional). En efecto, expresa el citado artículo 78 que: "Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona". A partir de este delineamiento, el TC ha realizado un desarrollo de tipologías de *infracciones constitucionales*, al hilo del propio artículo 74 que distingue infracciones: a) por la forma o por el fondo; b) parcial o total; y c) directa o indirecta.⁴⁷

Por otro lado, el TC reconoce que los procesos de inconstitucionalidad tienen una *doble dimensión*. Así, mediante este proceso se le confía al TC realizar un control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamento del Congreso, ordenanzas regionales y ordenanzas municipi-

⁴⁷ Vid. la tipología de las infracciones inconstitucionales realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (Acumulados), FJ 21 al 29.

pales. Así, quien residencia una pretensión del control abstracto no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino la "defensa de la Constitución", como norma jurídica suprema. No obstante ello, aun cuando este proceso gira en torno al juicio de incompatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía, también tiene una *dimensión subjetiva*, en virtud a que, conforme se ha precisado, son fines de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según prescribe el artículo II del TP.

En buena cuenta, si bien el control concentrado se endereza a un fin como es defender la supremacía normativa de la Constitución, deponiendo del sistema jurídico aquellas normas que la contravienen, en los hechos igualmente tienen como fin mediano impedir su aplicación, esto es, evitar que se generen afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de la persona. Incluso en nuestro sistema se pueden dar casos de declarar la nulidad de aplicación normativa pasada para casos en materia tributaria y en materia penal, conforme veremos en el acápite correspondiente a los *efectos de las sentencias en el tiempo*.

3.2.2. Sentencias en el Proceso de Acción Popular

En lo que corresponde a este proceso, igualmente la sentencia va a defender la jerarquía normativa contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. En consecuencia, se trata de un *control abstracto*, similar al proceso de inconstitucionalidad, pero que en este caso se trata de normas de naturaleza infralegal, que afectan a la ley (principio de legalidad) o a la Constitución (principio de constitucionalidad).

Las normas infralegales que pueden motivar, fuera de las normas administrativas, un proceso de Acción Popular dentro de las normas reglamentarias del Ejecutivo son las siguientes: decretos supremos, resoluciones

supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones viceministeriales, resoluciones directorales, directivas, circulares, oficios y memorándums.

3.2.3. *Sentencias en el proceso competencial*

Este proceso, a tenor de lo dispuesto por el artículo 108 del Código Procesal Constitucional, tiene por objeto conocer los conflictos que se susciten sobre los ámbitos de competencia y atribuciones que la Constitución o las leyes orgánicas le confieren a los poderes del Estado, los órganos constitucionales (como son la Junta Nacional de la Justicia, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, entre otros), los gobiernos regionales y municipales.

En este sentido, el TC ha establecido que para la procedencia del proceso competencial es necesario que concurran en el conflicto de atribuciones o funciones dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a que los sujetos con legitimidad para actuar deben ser los órganos constitucionales, poderes del Estado o gobiernos locales o regionales; mientras el elemento objetivo establece que *la materia* del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, debe tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o de las leyes orgánicas respectivas, por lo que queda, de este modo, excluido de la competencia del Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole.

Por otro lado, lo que se busca en la contienda es que los órganos constitucionales respeten el orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes integrantes del denominado *bloque de constitucionalidad*; en tal situación se verifica una doble finalidad en el proceso competencial, a la cual respondería la sentencia que va a defender o resolver: el pronunciamiento sobre *la titularidad de una competencia y la legitimidad de determinada decisión* (expresada en alguna disposición, acto o resolución), emitida con vicio de incompetencia.

D. Actuación y Ejecución de sentencias constitucionales

4. 1. Preliminares.

La ejecutabilidad de las sentencias es algo que desde siempre ha sido previsto en el ordenamiento procesal. Si el proceso es la vía adecuada y moderna para resolver los conflictos existentes en la sociedad, es evidente que su resultado final, el que ya no puede ser impugnado, deba ser ejecutado, es decir, cumplido en sus términos. O lo que es lo mismo, dar cumplimiento a lo establecido en la sentencia.

Para esto se ha dispuesto, en términos generales, de dos tipos de medidas: unas durante el proceso, las llamadas medidas cautelares, y otras, al finalizar: de hecho, ambas terminan al final buscando exactamente lo mismo, con la diferencia de que las primeras, por su precedencia en el orden del tiempo, podrían garantizar mejor los resultados de la ejecución.

Terminado el proceso, la ley establece una serie de pautas para cumplir lo que ordena la sentencia. Y generalmente, eso se cumple, se puede y se debe cumplir.

En materia penal la situación es clara, pues al tratarse de delitos, es el Estado el que tiene a su cargo el cumplimiento de lo mandado por el juez (normalmente, privación de la libertad). No obstante, la ejecución penal puede ser complicada y de hecho llevar mucho tiempo (por ejemplo, una condena de prisión). Y quizá con menos complejidad, la sentencia civil puede también presentar algunas aristas.

Pero se dan casos en los cuales una sentencia no puede ejecutarse. Pero el que no pueda ejecutarse no siempre es un problema de carácter jurídico, sino más bien de situaciones no jurídicas que se dan en la realidad social y política, que no la hacen posible. Por ejemplo, al considerarse una obligación personalísima, un pintor obligado a hacer un cuadro fallece tan pronto le notifican el fallo final. O cuando el deudor quiebra o el

bien dado en garantía desaparece. En estos supuestos, queda un crédito, pero no siempre es posible hacerlo efectivo. Y en materia penal también pueden darse situaciones similares (muerte del condenado, indulto, etc.).

En otras palabras, si bien en principio las sentencias son para cumplirse, a veces no pueden cumplirse —no siempre— pero sucede. O se cumplen a medias. Y quizá por eso los manuales e incluso los tratados en materia procesal civil —por ejemplo— no dedican espacio ni reflexión a las sentencias que no pueden ejecutarse, cuando esto sucede por situaciones sociales o políticas, ajenas a la previsión jurídica.

Y el tema, con las excepciones que nunca faltan, no ha merecido mayor atención de los estudiosos.⁴⁸

En el procesalismo civil clásico se regula normalmente la ejecución de las sentencias; para ello se parte del esquema de la existencia de un proceso de declaración que ha finalizado con una sentencia, en la que se ha estimado la pretensión y se ha dispuesto una condena al demandado. Al partir de esta sentencia, se hace necesaria una actuación posterior que acomode la realidad fáctica al deber ser establecido en la misma. Sin embargo, actualmente se sostiene que la sentencia constitucional se presenta como orden privilegiada y como *cosa interpretada*. En tal situación, la ejecutabilidad de la sentencia constitucional no se desprende de la "naturaleza" de condena o de lo que ella represente, sino de la posición que les otorga el sistema constitucional a las decisiones del máximo tribunal jurisdiccional del país.

Así, la ejecución de las sentencias constitucionales refleja la forma como se encuentra diseñado el modelo y la organización de la jurisdicción cons-

⁴⁸ Canales, Carolina, "Eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional", en *Gaceta del Tribunal Constitucional*, núm. 6, abril-junio, 2007. Disponible en: «http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/e9c-d369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Cumplimiento_de_las_sentencias_del_TC_1.pdf».

titucional. La problemática peruana de la actuación, ejecución o cumplimiento de las sentencias constitucionales reviste una particular complejidad, dado que en el Perú existe un modelo distinto a los clásicos que, en su momento, identificara Cappelletti y que hoy incluso ha sido desbordado por heterodoxos modelos que relativizan los clásicos modelos europeo o americano.⁴⁹

En efecto, tras reconocer que el modelo peruano de jurisdicción constitucional es dual o paralelo,⁵⁰ en la que se manifiesta una coexistencia armónica de un órgano jurisdiccional ordinario con un órgano concentrado, ambas judicaturas comparten diversos procesos constitucionales a través de un mecanismo de coordinación. Así, el propio TC ha reconocido que "para una mejor defensa de los derechos en la fase de la ejecución [existe] una cadena de mando entre las decisiones de la máxima instancia jurisdiccional y las instancias judiciales que actuarán las sentencias en estos casos".⁵¹

No obstante lo arriba anotado, es claro que los mecanismos de ejecución o actuación de las sentencias constitucionales varían, según se trate de sentencias constitucionales que tutelan la parte orgánica de la Constitución (control abstracto vía Proceso de Inconstitucionalidad y Acción Popular), de las sentencias que tutelan la parte dogmática de la Constitución (tutela de las libertades y derechos fundamentales, vía el Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data).

De los siete procesos constitucionales con que cuenta la jurisdicción constitucional peruana, todos están dotados de un conjunto de regulaciones a fin de concretizar en la realidad lo que ha resuelto el fallo constitucional. Conforme veremos luego, en lo relativo a las sentencias

⁴⁹ Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

⁵⁰ García Belaunde, Domingo. "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 129 y ss.

⁵¹ STC 4119-2005-PA/TC, FJ. 15.

de los procesos constitucionales de la libertad —y que hemos calificado como sentencias que defienden la parte dogmática de la Constitución—, el Código establece en el artículo 26 el régimen de la *actuación de las sentencias* para los cuatro procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad.

Mas, el legislador le ha dotado de ciertas características particulares a cada proceso respecto a la *ejecución de las sentencias*. Así, en todos los procesos constitucionales de tutela de las libertades, estas disposiciones especiales se ubican en el artículo 27; en el Hábeas Data, el artículo 64 regula la ejecución anticipada de las sentencias; y en el proceso de cumplimiento, el artículo 73 sobre ejecución de las sentencias reenvía el tema al artículo 22 sobre la actuación de sentencias.

En materia de los procesos de inconstitucionalidad y acción popular, su regulación se encuentra diseñada en los artículos 81 al 83 y en el caso del proceso competencial el artículo 113 establece igualmente los efectos de esta sentencia constitucional. Veamos más específicamente lo que actualmente ha diseñado el presunto Nuevo Código Procesal Constitucional que, como sabemos, no es más que un conjunto de reformas que ha establecido la Ley 31307 a la Ley 28237.

4.1.1. La actuación de sentencia impugnada

Este instituto procesal estuvo implícitamente previsto en el artículo 22, segundo párrafo, del primigenio Código Procesal Constitucional. A ello se sumó una interpretación jurisprudencial que desarrolló el TC a partir de la STC 0607-2009-PA (Caso Flavio Jhon Lojas). Hoy la norma se encuentra prevista en el artículo 26 rubricado "Actuación de sentencia". *In verbis* dispone:

Artículo 26.- Actuación de sentencia

La sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata si el juez estima que no se generará una situación de

irreversibilidad, ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado. Es independiente de la apelación que se interponga contra ella y se solicita ante el juez que emitió la resolución.

La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso.

Esta cláusula se encuentra en franca contradicción con lo que ha establecido el TC a partir de la STC 04404-2018 que ha precisado una suerte de *overruling* parcial a la STC 0607-2009-PA. TRANSCRIBE DEL FJ 16 AL 18.

Más allá de lo que ha dispuesto el TC, cuyo fallo es anterior a la entrada en vigor de la Ley 31307, la cláusula 26 seguirá regulando el régimen de la actuación de sentencia impugnada en los siguientes términos: "La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso."

4.1.2. La ejecución de sentencia

Esta figura se encontraba alojada en términos más sistemáticos en el artículo 59 del primigenio Código Procesal Constitucional (Ley 28237). Actualmente está regulado en el artículo 27. Más allá de la formulación normativa que se le ha dispensado, se trata en este caso de las sentencias firmes, consentidas y que, como tal, deben ser ya ejecutadas. Por tanto, mientras en la actuación de la sentencia se trata de un fallo de primer grado que ha dispuesto estimativa la pretensión del actor, y se dispone que se ejecute bajo los presupuestos de no irreversibilidad y proporcionalidad, en la ejecución de sentencia nos encontramos ante un fallo definitivo, inimpugnable al que le corresponde la fase de su ejecución. Es así como, en dicha cláusula se han dispuesto tres supuestos, mismos que no nos parecen los más idóneos, sobre todo si se contrastan con el artículo 59. Veamos su regulación:

Artículo 27.- Ejecución de sentencia

Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales. Para el cumplimiento de las sentencias y de acuerdo con el contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional, el juez debe:

- 1) Velar porque la sentencia se cumpla según sus propios términos, actuando con la prudencia e imperatividad que las circunstancias del caso impongan. Si el demandado no cumple con el mandato, el juez constitucional remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. También puede disponer el inicio del procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda para su destitución.
- 2) Si el cumplimiento de la sentencia depende de varias voluntades, y si no se acata en el plazo 5 días hábiles, el juez remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. El Ministerio Público formula denuncia penal contra el titular de la entidad y los que resulten responsables, pudiendo exigir su prisión preventiva.
- 3) Si el cumplimiento de la sentencia depende de previsiones contenidas en el Presupuesto General de la República o presupuestos de entidades estatales, la parte vencedora puede pedir al juez que modifique la ejecución material de la sentencia y que proponga una fórmula sustitutoria que cause igual satisfacción a su derecho conculcado. El juez corre traslado del pedido y escucha a la parte vencida, decidiendo lo que corresponda. Si el juez acepta la fórmula sustitutoria, debe emitirse un auto que así lo establezca, el cual es impugnabile con efecto suspensivo. La ejecución por sustitución implica que el Juez aduce los apremios a su logro y que deje sin efecto los emitidos.

Para el cumplimiento de las sentencias el juez puede optar, de oficio o a pedido de parte, por otras medidas de ejecución como son la remoción,

destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que el juez considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto del proceso.

En los procesos de hábeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el juez o la Sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen.

4.2. Las sentencias constitucionales: ¿sentencias declarativas, constitutivas o de condena?

No cabe duda que la ejecución y cumplimiento de toda sentencia está determinada por su contenido, por lo que cabe auscultar qué naturaleza entraña las sentencias constitucionales dado que las sentencias del control abstracto —inconstitucionalidad y acción popular— van a ser diametralmente distintas a las sentencias, por ejemplo de cumplimiento; o, en el caso de amparo que pretende restituir algún derecho fundamental amenazado o violado; o, en suma, a que se disponga el cumplimiento de alguna situación concreta.

Es sabido que en la teoría general del proceso existe una clasificación de sentencias según las particularidades de cada una, por lo que la doctrina admite consensualmente una clasificación tripartita: sentencias de condena, sentencias declarativas y sentencias constitutivas.⁵² En mérito a esta clasificación el Tribunal Constitucional peruano ha recogido esta postura cuando señala "Sabido es que en la clásica clasificación de las sentencias, éstas suelen identificarse en función del contenido de su parte dispositiva, esto es, si declaran un derecho o una situación jurídica

⁵² Vid. por ejemplo a Chioyenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, vol. 6, 1999, pp. 71-99; Podetti, Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los Actos Procesales*, Buenos Aires, Ediar, t. II, 1955, p. 404.

preexistente a la sentencia (sentencias declarativas), si constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o situación (sentencias constitutivas) y si ordenan compulsivamente la realización de determinados actos establecidos en el proceso tras verificarse la trasgresión del orden legal (sentencias de condena)".

Así, bien puede señalarse que las sentencias que tutelan los derechos fundamentales son sentencias de condena, puesto que contienen un mandato ejecutivo y, por ende, se trata de resoluciones que pueden ser objeto de ejecución forzosa. Así, establece el pórtico del artículo 1 del Código Procesal Constitucional cuando prescribe que los procesos constitucionales de la libertad tienen como fin "reponer" las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Igualmente cuando se dispone "el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo". A partir de esta normatividad el TC ha señalado que la condena, en consecuencia, viene impuesta a partir de la verificación de que se ha violado o amenazado un bien o un derecho de naturaleza constitucional (artículo 7.1 del Código Procesal Constitucional). Si bien no es de conocimiento pleno, al tratarse de un proceso de tutela urgente, es deber del órgano que otorga la tutela la constatación de los hechos que se alegan, a efectos de que lo que se exige posteriormente en etapa de ejecución no sea el producto de la arbitrariedad o del absurdo.

Sin embargo, aun reconociendo que este tipo de sentencias son de condena, existe todo un mar de fondo en esta compleja problemática, por cuanto "el juez constitucional no sólo 'ejecuta' los mandatos de la Constitución referidos a los derechos fundamentales, sino que esta tarea es, a menudo, una ardua actividad de valoración interpretativa, de ponderaciones, en síntesis de "creación" y por tanto, en algún sentido, se trata también de sentencias constitutivas".⁵³

⁵³ STC 4119-2005-PA/TC, FJ 24.

En este marco situacional se puede concluir que las sentencias constitucionales, según la naturaleza de lo que van a resolver, bien podrían ser de la siguiente manera:

- a) *Sentencias de condena*, para los casos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data o Cumplimiento;
- b) *Sentencias constitutivas*, para los casos normalmente de Amparo, cuando constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o a una situación que tenga que ver con un derecho de contenido constitucional directo; lo propio puede ser también para las sentencias de procesos de inconstitucionalidad y competenciales;
- c) *Sentencias declarativas*, normalmente expresadas en las sentencias del control abstracto de las normas vía la acción popular y en algunos casos la inconstitucionalidad; aunque no se descartan procesos de amparo;
- d) *Sentencias mixtas*, que pueden integrar, según la naturaleza de la pretensión, el carácter de constitutivas y a la vez de condena; o pueden presentarse sentencias declarativas y a la vez de condena.

Y así podrían desarrollarse situaciones no excluyentes, por lo que esta clasificación sólo puede ser tenida en cuenta en función a su utilidad; de allí que el propio TC establece que puede utilizarse otra clasificación, ya no en función al *decisum*, sino en el tipo de pretensión. Así, el objeto del proceso determinará el tipo de respuesta de la judicatura que bien podrá pronunciarse sea como una sentencia declarativa, constitutiva o de condena; puesto que la materia o naturaleza del derecho violado influye en el pronunciamiento del juez constitucional.

4.3. Mecanismos de cumplimiento de la sentencia constitucional y facultades de coerción

El Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer que a nivel de la legislación procesal constitucional existen lacónicas y escuetas regulaciones

sobre la ejecución de los fallos, ha ubicado, a través de una interpretación sistemática de dicha legislación, un conjunto de *mecanismos de presión* para que sus fallos se ejecuten en los términos allí resueltos. Así, entre las normas que se encuentran dotadas compulsivamente para estos fines ejecutivos, destacan las siguientes:

- a) La inmutabilidad de las decisiones del Tribunal Constitucional (artículo 121 del Código Procesal Constitucional).
- b) La competencia para la ejecución de las sentencias en los procesos constitucionales de la libertad está en manos del juez que recibió la demanda (artículo 27 del Código Procesal Constitucional).
- c) El principio de prevalencia de las sentencias constitucionales sobre cualquier otra decisión judicial. Esto tiene relevancia en el caso de decisiones que contienen condenas patrimoniales (artículo 27 del Código Procesal Constitucional).
- d) El poder coercitivo de los jueces constitucionales incluye la posibilidad de ordenar la destitución del funcionario que se resista al mandato contenido en una sentencia (artículo 27,1 del Código Procesal Constitucional).

Con todo, más allá de estos mecanismos genéricos, el Código le asigna regulaciones específicas a cada proceso constitucional que veremos inmediatamente.

E. Ejecución de sentencias en Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data

El actual Código ha establecido una cláusula de *sentencia tipo*, cuyo contenido mínimo deben tener los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento, ubicado en el artículo 52, en la que establece que la sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título debe contener, según sea el caso, la decisión adoptada señalando en su caso el mandato concreto dispuesto.

5.1. Ejecución de sentencias en Hábeas Corpus

En lo que respecta a la sentencia de Hábeas Corpus, el artículo 38 del Código establece *los contenidos* que debe tener una *sentencia estimativa*. Así, la norma prevé que la resolución que declara fundada la demanda de Hábeas Corpus debe disponer las siguientes medidas, según la *tipología* de Hábeas Corpus que ha establecido el actual Código.⁵⁴

a) *Hábeas Corpus reparador*: El artículo 33, inciso 8, establece que toda persona tiene derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades judiciales en caso de flagrante delito (artículo 2, 24, f de la Constitución). Respecto a esta modalidad el Código establece el mandato específico que debe ordenar el juez, en este caso el efecto de la sentencia es la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho (artículo 38, inciso 1);

b) *Hábeas Corpus correctivo*: Este Hábeas Corpus se ubica en el artículo 33, inciso 20, que consiste en el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad o proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que se cumple el mandato de detención o la pena, procurando preventiva o reparadoramente impedir tratos o traslados indebidos a personas detenidas legalmente. Así, el mandato específico puede ser que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el juez lo considera necesario, ordenará cambiar las condiciones de detención, sea en el mismo establecimiento, o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían (artículo 38, inciso 2);

⁵⁴ Landa, César, "El Hábeas Corpus en el nuevo Código Procesal constitucional peruano"; Meléndez Sáenz, Jorge M., "Análisis del modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional"; Hinojosa Pariachi, César, "El Hábeas Corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional"; y Donayre Montesinos, Christian, "En torno al Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional peruano: Antecedentes, derechos tutelados, procedimiento y tipos de Hábeas Corpus", en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, t. I, 2005.

c) *Hábeas Corpus traslativo*: Ubicado en el artículo 33, 16, opera en los casos de los procesados, en que las autoridades judiciales o penitenciarias indebidamente pudieran estar prolongando su detención en un proceso judicial, o de los reos que ya han cumplido su condena, pero siguen en la cárcel. En este caso, el mandato es claro: poner el reo a disposición del juez competente (artículo 38, inciso 3).

d) *Para todas las demás variantes de Hábeas Corpus*: Esto es innovativo (artículo 1, párrafo segundo), preventivo (artículo 1), excepcional y estaba regulado en su versión primigenia del Código (Ley 28237) en el artículo 23, ha sido lamentablemente suprimido, pero se ve implícitamente regulado en el artículo 137 de la Constitución, restringido (33, 15), instructivo (33,19 y artículo, 36), el Código establece que el mandato disponga el cese del agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse (artículo 38, inciso 4).

Así, el TC ha establecido complementariamente en este proceso que la sentencia debe ser ejecutada en forma inmediata, esto es, desde la fecha en que le es comunicada al emplazado por el órgano que emitió el fallo, independientemente del trámite de devolución de actuados al juez que conoció del proceso en primera instancia; en todo caso, corresponderá a éste verificar el cumplimiento de la misma o, de ser el caso, ante el incumplimiento de ella, adoptar las medidas necesarias para la inmediata ejecución de lo ordenado. Cuando ello ocurra, el juez ejecutor debe adoptar las siguientes medidas:

- a) Poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento a fin de que dicha entidad formule la denuncia pertinente, por el delito contra la libertad individual, dado que la sentencia que ordena el cese de la medida que restringe el derecho a la libertad individual es manifiestamente contraria a la Constitución, pues afecta el derecho fundamental a la libertad individual y/o conexos, de manera ilegítima y arbitraria.

- b) Solicitar el apoyo de la fuerza pública para personalmente constituirse en el lugar donde se encuentra el agraviado en el proceso de hábeas corpus, con el objeto de proceder a ejecutar lo ordenado en la sentencia, en los términos previstos en ella.
- c) Disponer la ejecución de medidas complementarias e idóneas para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

En los casos citados, señala el TC en la citada sentencia, la medida adoptada debe estar debidamente sustentada y motivada.⁵⁵

Dichas medidas aquí precisadas *in extenso* tienen su encaje constitucional en cada una. Veamos.

- a) La primera medida tiene su sustento en el artículo 17 del Código Procesal Constitucional, el cual no sólo debe interpretarse en el sentido de que, de existir no únicamente indicios de la comisión de un delito verificada durante la tramitación del hábeas corpus, sino también durante la ejecución de la resolución recaída, no debe ignorarse que todo ciudadano está en la obligación de poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos que podrían configurar un hecho delictivo, lo cual se desprende del artículo 38 de la Constitución, dado que todos los peruanos tienen el deber de defender el ordenamiento jurídico, y donde la comisión de un delito constituye una afectación al orden jurídico establecido. Esta obligación es mayor si se trata del juez a quien le compete actuar o verificar la ejecución de las sentencias emitidas en procesos constitucionales.
- b) La segunda medida se sustenta en los artículos 118.9 y 166 de la Constitución, debido a que existe la obligación del Presidente de la República de cumplir y hacer cumplir las leyes, de donde se deriva que aquél debe prestar y disponer de los recursos necesarios

⁵⁵ STC 4119-2005-PA/TC, FJ 53.

cuando sean requeridos por las autoridades jurisdiccionales; amén de que la Constitución prevé como finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú la de mantener y restablecer el orden interno, así como la de prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantizando el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio, por lo que le corresponde prevenir, investigar y combatir la delincuencia.

Como complemento de estas medidas, resultan de aplicación a los procesos de hábeas corpus las reglas *tipo* que están previstas en los procesos de amparo; e incluso lo pertinente en el supuesto del artículo 16 del Código Procesal Constitucional, relativo a la represión de actos homogéneos. Finalmente corresponde señalar que el artículo 27 *in fine* ha establecido que en los procesos de hábeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el Juez o la Sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen.

Ejecución de sentencias en el Amparo y Hábeas Data

Aparte del artículo 52 del Código Procesal Constitucional que resulta aplicable para los cuatro procesos constitucionales de la libertad, se ubican en términos específicos los artículos 26 y 27 que regulan la actuación y la ejecución de las sentencias estimativas. El actual Código ha regulado la ejecución de sentencias particularmente para todos los procesos constitucionales de tutela de las libertades, bajo dichas cláusulas.

La *regla prima* radicaba básicamente en el original artículo 59, en el que se precisaba que toda sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Este plazo puede ser duplicado cuando la conducta ordenada sea fruto de una omisión, esto es, cuando aquel que ha sido emplazado se encuentre en la obligación de seguir una conducta o realizar un acto o conjunto de actos en la forma precisada en la sentencia. Actualmente, este artículo 59, con

la reforma que tiene el actual Código (Ley 31307) la matriz de toda ejecución de los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad se encuentra en el artículo 27.

5.3. Las medidas coercitivas previstas para la ejecución de la sentencia

El artículo 22 del primigenio Código Procesal Constitucional a partir del tercer párrafo para adelante ha sido suprimido por el actual artículo 26 homologable al instituto de la actuación de sentencias. El original artículo 22 establecía todo un procedimiento a seguir en caso de incumplimiento, de manera que el juzgador pueda establecer los apercibimientos necesarios para la ejecución de las sentencias recaídas tanto en los procesos de amparo como en los de hábeas data y cumplimiento. Hoy el artículo 27 ha replanteado los siguientes supuestos:

- a) *Si el demandado no cumple con lo que se ha dispuesto en la sentencia:* el artículo 27,1 trae dos variantes, si es una entidad privada o una autoridad o funcionario público. En el primer supuesto, si el demandado no cumple con el mandato, el juez constitucional remite los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. Si es lo segundo, puede disponer el inicio del procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda para su destitución; como complemento el artículo 17 del Código establece que al tratarse de autoridad o funcionario público, el juez penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo, ello en el caso en que se expida sentencia declarada estimativa en cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad. Igualmente se ha establecido que no opera la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se ha procedido por orden superior.
- b) *Acusación constitucional y juicio político.* El artículo 17 *in fine* ha establecido que si el responsable inmediato de la violación fuera uno de los funcionarios comprendidos en el artículo 99 de la Consti-

tución, el juez debe dar cuenta inmediata a la Comisión Permanente para que proceda a formular la acusación constitucional, y según fuere el caso se inicie juicio político.

- c) *Supuesto en que el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público.* Aquí, aunque ya no se encuentra regulado expresamente en el artículo 59 del otrora Código Procesal Constitucional (Ley 28237), consideramos que no se descarta que el juez puede expedir un *auto ampliatorio* que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Al respecto el TC ha interpretado cuando estaba en vigor el Código original (Ley 28237) que "la segunda sentencia que tenga que expedirse, sea integrando o complementando la decisión recaída en el proceso constitucional, corresponde al mismo órgano que emitió la sentencia materia de ejecución, sin distorsionar el sentido de la fundamentación y el fallo de la primera sentencia firme, de modo tal que, en caso de que aquélla sea impugnada, le corresponderá resolver el recurso a la instancia jerárquicamente superior".⁵⁶
- d) *Cuando la sentencia firme contenga una pretensión monetaria.* En este caso, el artículo 27,3 del actual Código ha establecido que "Si el cumplimiento de la sentencia depende de previsiones contenidas en el Presupuesto General de la República o presupuestos de entidades estatales, la parte vencedora puede pedir al juez que modifique la ejecución material de la sentencia, proponiendo una fórmula sustitutoria que cause igual satisfacción a su derecho conculcado. El juez corre traslado del pedido y escucha a la parte vencida, decidiendo lo que corresponda. Si el juez acepta la fórmula sustitutoria, debe emitirse un auto que así lo establezca, el cual es impugnabile con efecto suspensivo. La ejecución por sustitución implica que el juez aduce los apremios a su logro y que deje sin efecto los emitidos".
- e) *Otras medidas de ejecución:* Finalmente el artículo 27 establece que el juez puede "optar, de oficio o a pedido de parte, por otras

⁵⁶ STC 4119-2005-PA, FJ 56.

medidas de ejecución como son la remoción, destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que el juez considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto del proceso. En los procesos de hábeas corpus las sentencias estimatorias las ejecuta el juez o la Sala que la expidió, sin necesidad de remitir los actuados al juzgado de origen".

Igual que en el caso del proceso de hábeas corpus, la autoridad jurisdiccional debe hacer de conocimiento del Ministerio Público los hechos ilícitos que pudieran presentarse durante el trámite de ejecución de sentencia para los fines pertinentes (artículo 17 del Código Procesal Constitucional); e, igualmente, puede requerir el auxilio de la fuerza pública, para las diligencias que sean necesarias desarrollar con las garantías que aquella otorga.

5.4. Otras herramientas procesales para la ejecución de las sentencias en los procesos constitucionales de la libertad

El Tribunal Constitucional ha intentado sistematizar un conjunto de herramientas procesales, de las que se encuentra dotada la judicatura para afirmar su artillería y blindaje en la última etapa del proceso: su ejecución. Así, tenemos los siguientes rubros:

5.4.1. El procedimiento para la represión de actos homogéneos: el artículo 16 del Código establece que, si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, hábeas data y de cumplimiento, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Se trata aquí de aquellos casos en los que el que ha resultado vencedor en cualquiera de estos procesos constitucionales se vea nuevamente afectado en sus derechos fundamentales. En consecuencia,

estamos aquí ante sentencias estimativas; en este supuesto establece la norma que "la decisión que declara la homogeneidad *amplía* el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente".

El TC ha delineado en algún momento una construcción más orgánica de esta innovadora figura procesal que trae el Código y que ha sido desarrollada *in extenso* en la STC 5287-2008-AA. Así, el Colegiado precisa que

"La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho".

Los fundamentos de este instituto se sustentan en la necesidad de garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas y evitar el inicio de un nuevo proceso constitucional frente a actos que de manera previa han sido analizados y calificados como lesivos de derechos fundamentales. A este respecto el Tribunal Constitucional precisa las razones que legitiman esta figura y que aquí transcribimos *in extensu*:

a. Evitar el desarrollo de nuevos procesos constitucionales

Un primer fundamento de la represión de actos lesivos homogéneos, que ha sido mencionado de manera expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo constituye la necesidad de evitar que las personas afectadas en sus derechos por un acto homogéneo a aquél calificado como inconstitucional en un primer proceso, tengan que dar inicio a uno nuevo para cuestionarlo. En este sentido, el Tribunal ha señalado (STC 5033-2006-PA, fundamento 5):

[...] mediante la represión de actos homogéneos se busca evitar que los justiciables se vean obligados a interponer una nueva demanda de amparo, en caso se configure un acto (u omisión) sustancialmente **homogéneo al declarado lesivo de derechos fundamentales en un proceso de amparo.**

Al no ser necesario el desarrollo de nuevos procesos constitucionales también se evita la existencia de decisiones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales respecto a hechos que son homogéneos. Se busca, así, evitar que una persona que cuenta con una sentencia favorable, al acudir a otro proceso respecto a un acto lesivo homogéneo, se encuentre frente a una sentencia desfavorable.

b. Garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas

Los procesos de tutela de derechos fundamentales, una vez que han finalizado con un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, adquieren la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el artículo 6° del Código Procesal Constitucional establece:

"En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo".

Como señala Devis Echandía, la institución de la cosa juzgada origina dos efectos: su inmutabilidad (efecto procesal) y su definitividad (efecto sustantivo). En efecto, afirma que:

El primero (la inmutabilidad) impone a los jueces [...] la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello.

El segundo otorga definitividad a la declaración de certeza contenida en la sentencia [...], haciéndola indiscutible en nuevos

procesos, y por eso les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación que el efecto procesal.⁵⁷

Sobre este tema, el mismo autor precisa que es importante distinguir entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas. Con claridad señala

Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Ésta se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero sí ésta sin aquélla.

Igualmente importa saber que toda sentencia ejecutoriada obliga a las partes y debe cumplirse voluntariamente o en forma coercitiva, aun cuando no constituya cosa juzgada. Por consiguiente, es un error decir que la obligatoriedad de la sentencia sea un efecto de la cosa juzgada, pues lo es de toda sentencia ejecutoriada [...].

Toda sentencia ejecutoriada tenga o no efectos de cosa juzgada, es imperativa u obligatoria y si impone condena es además ejecutable [...]. Luego no se trata de efectos de la cosa juzgada. Ésta tiene influencia en aquellos, pero en cuanto los convierte en inmutables y definitivos, al excluir una revisión en proceso posterior y prohibir la nueva decisión del fondo, en caso de que alguna parte pretenda desconocerla.⁵⁸

Al referirse a los fundamentos de la institución de la represión de actos lesivos homogéneos, el Tribunal Constitucional ha señalado que uno de

⁵⁷ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, Buenos Aires, Universidad, 2002, 3a. ed., pp. 454 y 455.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 426 y 456.

ellos consiste en asegurar la plena eficacia de la *cosa juzgada constitucional*,⁵⁹ la cual ha sido definida de la siguiente manera:⁶⁰

[...] lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2,⁶¹ es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Tomando en consideración las diferencias entre los efectos de la cosa juzgada y de las sentencias ejecutoriadas, es más apropiado señalar que la represión de los actos lesivos homogéneos se sustenta en la necesidad de garantizar los efectos de éstas últimas.

5.4.2. El estado de cosas inconstitucionales: el Tribunal Constitucional ha hecho eco de la doctrina jurisprudencial dimanante de la Corte Constitucional de Colombia relacionado al *estado de cosas inconstitucionales*, a fin de dejar sentada una decisión con alcances

⁵⁹ El Tribunal ha señalado en la STC N° 5033-2006-PA, fundamento 5: "[...] mediante la represión de actos homogéneos [...] se pretende asegurar la plena eficacia de la cosa juzgada constitucional".

⁶⁰ STC N° 6-2006-CC (caso Poder Ejecutivo vs. Poder Judicial), publicada el 22 de marzo de 2007 en la página web del Tribunal Constitucional, fundamento 70.

⁶¹ Este artículo señala: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]"

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno".

generales cuando se ha verificado una práctica de renuencia sistemática y reiterada, que constituye una situación o comportamiento contrario a la Constitución (STC N.º 3149-2004-AC/TC), y que debe ser erradicado a fin de evitar una sistemática vulneración de los derechos fundamentales de un sector de la población. Para ello, el Tribunal Constitucional ha establecido, además, que el sustento del estado de cosas inconstitucionales, así como los fundamentos que permiten su superación, deben constituir precedente vinculante, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En tal situación, al declararse tal estado de cosas inconstitucionales y establecidos los efectos perniciosos que se pretenden eliminar, corresponde que los jueces que conocen del proceso constitucional en el que se presenten situaciones análogas emitan pronunciamiento conforme a la doctrina jurisprudencial establecida, por lo que deben entender que los actos impugnados —cuando ocurrieron luego de emitida la resolución que constituye precedente vinculante, o cuando, habiéndose notificado la misma, la autoridad competente no hubiera adoptado las medidas correctivas no sólo para que tales conductas o actos no vuelvan a repetirse, sino también para subsanar aquellas situaciones que se encuentran sometidas a revisión de una autoridad jurisdiccional— constituyen una voluntad renuente y atentatoria de los derechos ciudadanos de quienes han sido perturbados o perjudicados por la acción de la autoridad, entidad, funcionario o persona emplazada.⁶²

Lo que genera el estado de cosas inconstitucionales son las sentencias con *efectos más allá de las partes*, por lo menos el TC en diversos procesos relacionados al Hábeas Data ha declarado el estado de cosas inconstitucionales con efecto más allá de las partes; sobre todo para procesos que

⁶² Por ejemplo, en la STC 03149-2004-AC/TC en el FJ 21 el TC ha establecido que entre las consecuencias de la renuencia a acatar sentencias sobre el estado de cosas inconstitucionales está entre otras disponer que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional.

pueden ser de amparos o hábeas data colectivos, o bien de amparos de naturaleza difusa, supra o transindividuales.⁶³

Con todo que la problemática que genera la declaración del estado de cosas inconstitucionales constituye una audaz avanzada de la jurisdicción constitucional para afirmar la tutela de urgencia de derechos difusos o colectivos; el problema se presenta como reto en cuanto a la fase ejecutiva de dicha sentencia, porque puede ocurrir, como lo inquiere ya el TC, que "quien decide con tal fuerza y deja en manos de quien no tiene tal poder la ejecución de lo decidido corre el riesgo de perder en esta fase lo logrado con la sentencia",⁶⁴ de manera que se convierte dicha declaratoria en un triunfo pírrico o acaso una sentencia exhortativa de simple recibo. En este año, en el marco de la pandemia que asola al mundo, el TC ha emitido una sentencia en la que ha declarado el Estado de cosas inconstitucional respecto al hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la calidad de su infraestructura y servicios básicos a nivel nacional y ha exhortado al Ministerio de Justicia que

evalúe en un plazo no mayor a 3 meses, la reestructuración integral del INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, así como garantizar los objetivos mencionados supra, tomando en consideración aspectos medulares como la profesionalización, capacitación, seguridad y mejoras remunerativas progresivas de su personal, así como también la lucha eficaz contra la corrupción al interior de la institución, a través de mecanismos efectivos de prevención, control y sanción que correspondan, para lo cual se deberá contar con la colaboración de las autoridades competentes.

⁶³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Gidi, Antonio, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

⁶⁴ STC 4119-2005-PA/TC, FJ 35.

Asimismo, ha establecido que

de no adoptarse las medidas suficientes que superen dicho estado de cosas inconstitucional, en el plazo de 5 años, estos deberán ser cerrados por la autoridad competente, hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia de las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553%), de Jaén (522%), del Callao (471%), de Camaná (453%), de Abancay (398%) y Miguel Castro Castro (375%), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.

El TC reconoce que

Es claro que la medida de cierre de un establecimiento penitenciario es grave, pero también lo es la actual situación que afrontan las personas privadas de libertad. Si las respectivas autoridades administrativas han omitido o han actuado deficientemente en la tarea de remover las situaciones de hacinamiento penitenciario, el Tribunal Constitucional, en tanto órgano de control de la Constitución, tiene el deber de adoptar medidas que tiendan al restablecimiento de la capacidad operativa de dichas autoridades administrativas en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.⁶⁵

5.5 Premios adicionales que pueden aplicar los jueces ejecutores

El Tribunal ha delineado que el juez executor de los procesos constitucionales puede adoptar diversas medidas, pero que son las previstas únicamente en el Código Procesal Constitucional. Así, puede disponer la

⁶⁵ STC EXP. N.º 05436-2014-PHC/TC, FJ. 107.

publicación en el *Diario Oficial El Peruano*, o en el encargado de las notificaciones y avisos judiciales de la localidad o el de mayor circulación, de extractos de la sentencia emitida, que permitan conocer el acto lesivo, el autor del mismo y el resultado del proceso, todo ello a cuenta de la parte interesada y únicamente cuando ella lo solicite; igualmente, puede ordenar que se publique la sentencia o parte de ella, en forma visible, en las dependencias públicas de la localidad que se señalen, por el plazo que considere pertinente, para que la resolución sea de conocimiento general y permitir que la población pueda ejercer su derecho de analizar y criticar las resoluciones jurisdiccionales, previsto en el artículo 139.20 de la Constitución, aplicable también a las decisiones de los órganos que administran justicia en sede constitucional, en tanto desarrollan labores jurisdiccionales.

5.6. Apremios aplicables a los abogados de las partes

En mérito a la aplicación supletoria que prescribe el artículo IX del TP del Código Procesal Constitucional, en la que se establece que en caso de vacío o defecto serán de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los códigos procesales afines a la materia discutida, el TC ha establecido que el juez constitucional, tanto durante el desarrollo del proceso como en la etapa de la ejecución, está en la obligación de verificar que los abogados de las partes cumplan los deberes establecidos en el artículo 109 del Código Procesal Civil, en especial el establecido en el numeral 6, el cual establece la obligación de colaboración de los abogados en el proceso, bajo apercibimiento de ser sancionado por inconducta. Lo propio deben ejecutar los actos que permitan determinar la responsabilidad patrimonial de éstos, conforme lo prescribe el artículo 110 del citado Código Procesal Civil.

Igualmente el TC ha insistido en la *actuación temeraria o de mala fe* de los letrados o defensores que resulta contraria a los fines del proceso constitucional, por lo que se deben poner en conocimiento de las instancias

correspondientes tales conductas conforme lo establecen los artículos 111 y 112 del citado Código Procesal Civil, además de ejercer las facultades disciplinarias y coercitivas de los artículos 52 y 53 del mismo Código Adjetivo siempre que ello no conlleve la afectación de los derechos fundamentales de los abogados; todos estos apremios, por cierto, deben guardar encaje y fundamento en la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, entre las que se encuentra la etapa de la ejecución del proceso constitucional.

5.7. Responsabilidad de los jueces ejecutores

Igualmente el Tribunal Constitucional ha delineado, como complemento de todo lo expuesto, una particular responsabilidad que tienen los jueces ejecutores en los procesos constitucionales. Así, si éstos no cumplen con actuar diligentemente para actuar las decisiones firmes recaídas en los procesos constitucionales, las partes interesadas podrán formular sus denuncias ante las autoridades administrativas competentes: Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (ODECMA), Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), Oficina de Control Interno del Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia, entre otras; a fin de que se determinen si, en su actuación, el juez ejecutor ha incurrido en responsabilidad funcional, sea administrativa o penal, independientemente de otras que se deriven y cuyo ejercicio podría ser de acción privada. Y esto ocurre porque muchas veces lo ordenado en última instancia en un proceso constitucional, como mandato de condena, es ejecutado por el juez de la demanda, y se presentan casos en que ejecutan parcialmente lo decidido; esto ha llevado a que el actual Código regule lo que ya estaba desarrollado por vía jurisprudencial: la apelación *per saltum*. Así, la STC 0004-2009-PA y la RTC 02714-2014-PA y desarrollada pacíficamente en esa misma línea en la RTC 02714-2014-PA ha sido recogida en el artículo 22, inciso c:

De forma excepcional, se permitirá la Apelación por Salto en casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de

sentencia, cuando se verifique una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se despreteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó.

5.8. Breve epílogo sobre la eficacia de las sentencias constitucionales de la libertad: La actuación de sentencia impugnada. La discreta posición del TC

Aun cuando el legislador en sentido estricto no había regulado la actuación de sentencia impugnada, que aparentemente se establecía en el artículo 22, en conexión con el artículo 59, del antiguo Código Procesal Constitucional, el TC a raíz de dos sentencias⁶⁶ emitidas en 2005 pronunció que sí existía la actuación inmediata de una sentencia estimatoria aunque ésta hubiere sido impugnada. Así, señala el TC que

el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de actuación inmediata de sentencias, conforme al cual el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. Bajo dicho marco referencial, no es aceptable, entonces, que bajo el pretexto del acceso a una instancia distinta por el lado de la contraparte, el juez constitucional renuncie a dar cumplimiento efectivo a su sentencia. Si ésta es estimatoria tal condición es suficiente para franquear su actuación inmediata, no teniendo por qué esperar la culminación del proceso para recién decidir, como, equivocadamente lo ha considerado el referido juzgador de primera instancia, quien evidentemente ha omitido cumplir sus deberes, dejándose impresionar por el dicho [de la demandada]. En tales circunstancias, este Colegiado se ve en la necesidad de llamar la atención del citado juzgador constitucional, recordán-

⁶⁶ STC 5287-2005-HC/TC, FJ 3 y STC 5994-2005-HC/TC, FJ 3.

dole no sólo las disposiciones pertinentes de la norma adjetiva (que evidentemente está obligado a conocer), sino sus deberes de vinculación especial para con la Norma Fundamental y el cuadro de valores materiales que ésta reconoce.⁶⁷

No obstante estos primeros pronunciamientos del Colegiado, esta disputa habría de cerrarse recién el día 18 de marzo de 2010, fecha en la que se publicó en el Portal Oficial del TC la STC 0607/2009-PA en la que se reconocía este instituto procesal en cuyo debate se había ya planteado tiempo atrás en torno a esta figura procesal.⁶⁸ Hoy, como ya se ha abordado líneas arriba, el actual Código Procesal Constitucional que reiteramos no es más que una reforma al primigenio Código de 2004, que ha incorporado en forma explícita la actuación de la sentencia impugnada regulada en el artículo 26.

F. Ejecución de sentencias de Cumplimiento, Constitucionalidad y Acción Popular

Incorporamos aquí la ejecución de tres procesos aun cuando cada uno de ellos tiene particularidades propias, empezando por el caso de las sentencias en los procesos de cumplimiento cuyos efectos, como se sabe, ocurren entre las partes en conflicto; en tanto que los efectos de los dos procesos restantes —constitucionalidad y acción popular— son *erga omnes* y se ubican dentro del control abstracto de las normas.

6.1. Ejecución de sentencias en los procesos de cumplimiento

El artículo 73 del actual Código precisa que "La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 27 del presente Código". Y, como ya ha

⁶⁷ STC 5994-2005-HC, FJ 3.

⁶⁸ Eto Cruz, Gerardo, "¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?", en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, año 2, núm. 3, marzo de 2007, pp. 753 y ss.

sido establecido, el artículo 27 regula el instituto de la ejecución de las sentencias para todos los procesos de tutela de las libertades. Recuérdese que este proceso constitucional, *sensu strictu*, no tutela derechos constitucionales *líquidos*, sino que estamos ante un supuesto que ha sido en parte ya decantado por el propio TC en la STC 0168-2005-PC/TC, cuando establece que el mandato contenido en las normas, en la ejecución del acto administrativo o la orden de emisión de una resolución, deberá contar con una serie de requisitos mínimos comunes, puesto que de no ser así, dicho proceso terminaría por convertirse en un proceso declarativo o de conocimiento con abundancia de medios probatorios. Por el contrario, si dicho proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario), el cumplimiento podrá recién ser eficaz. En realidad, la citada sentencia 0168-2005 ha sido un funesto precedente vinculante, porque estableció una valla muy alta difícil de sortear por los justiciables; de allí que si se observan las estadísticas oficiales por el propio portal del TC se podrá apreciar que son muy pocas o raras las sentencias estimativas de estos procesos de cumplimiento.⁶⁹

Con todo, el artículo 72 del Código Procesal Constitucional dota de particulares contenidos que debe tener la sentencia estimativa. El artículo 73 expresa que la sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 que regula la actuación de las sentencias para todos los cuatro procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad.

6.2. Efectos de las sentencias en el proceso de inconstitucionalidad

Los ejes normativos en torno al cual gira la regulación de los efectos de las sentencias en el control abstracto vía los procesos de inconstitucionalidad se encuentran expresados en el artículo 204 de la Constitución, en

⁶⁹ Vid. al respecto a Eto Cruz, Gerardo, "Necesaria reforma (overruling) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 19, 2014.

la que dispone que "la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de su publicación dicha norma queda sin efecto". El Código Procesal Constitucional desarrolla los efectos de la sentencia estimativa en los procesos de inconstitucionalidad en el artículo 80, en el que se prescribe que "las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian"; en consecuencia, no se trata de un pronunciamiento declarativo, esto es una sanción de "nulidad", sino de una "anulabilidad", por lo que es una sentencia constitutiva. Anota a renglón seguido el citado artículo que las sentencias "tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos"; en mérito a ello producen efectos desde el día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial El Peruano*.

Con todo, el TC al hilo del artículo 80 se ha interrogado si las decisiones desestimatorias en este tipo de procesos de control abstracto tienen acaso algún efecto, y de ser correcto, si estos fallos pueden "ejecutarse". Esta aparente incertidumbre se ve aclarada en el artículo 81. En efecto, en esta norma se establece que: "Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación". Esto quiere decir que cualquier sentencia del TC sean estimativas o no quedan "firmes" y, en mérito a ello, devienen en cosa juzgada. Pero esta cosa juzgada, que opera tanto para los procesos de inconstitucionalidad como los de acción popular, sólo se reputan con esta categoría de *res judicata*, si es que el pronunciamiento ha girado en temas sobre infracciones de fondo, mas no de forma. Ello fluye de la interpretación que expresa el último párrafo del artículo 81 del actual Código: "La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código". La firmeza de una decisión del TC es, en este sentido, automática, ya que como lo

dispone el artículo 121 del mismo Código contra las sentencias del Tribunal no cabe impugnación alguna. Este extremo no es del todo absoluto, porque hay dos aspectos que comprometen la relatividad de esta cláusula 121. Veamos en forma enunciativa:

i) No hay cosa juzgada, así haya sido emitida una resolución por el TC si es que dicho fallo se pronuncia sin decisión final sobre el fondo de la controversia. Esto ocurre con las resoluciones desestimativas en su versión de fallos improcedentes en los casos de los procesos de tutela de los derechos fundamentales (artículo 15 del Código);

ii) En los casos de los procesos de control abstracto de normas, sea de procesos de inconstitucionalidad o de acción popular, tampoco hay cosa juzgada en ambas jurisdicciones, tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, si sólo ha sido por vicios de forma (infracción de forma); ello bajo una interpretación sistemática del artículo 74 y artículo 81 *in fine* del actual Código;

Existe otro tema de mayor controversia y de otro calado de reflexión que lo derivamos al *post scriptum* de este trabajo, relacionado al tema donde, al haber un fallo del TC con pronunciamiento de fondo, si bien allí se manifiesta una cosa juzgada constitucional, la interrogante que se presenta es si es posible que ese fallo pueda ser manifiestamente inconvencional y si, como consecuencia de ello, la parte afectada, puede volver a plantear la causa, ya no con apelación al control convencional supranacional, sino al control difuso de convencionalidad y ante sus propios jueces.

6.2.1. Sobre las resoluciones de improcedencia liminar de la demanda. Sus efectos

En igual sentido, ya no tratándose de una sentencia sino de un auto del TC que rechaza la demanda de inconstitucionalidad por haberse interpuesto el vencimiento de los plazos que establece el artículo 99 sobre la prescripción de la demanda de inconstitucionalidad, también deviene en cosa juzgada.

El artículo 103 del Código ha dispuesto la improcedencia liminar de una demanda de inconstitucionalidad con el voto conforme de cuatro magistrados en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el TC hubiera desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo. Sobre este supuesto, como ya ha indicado en su momento Carpio Marcos,⁷⁰ dicha norma no debe entenderse ni aplicarse en sentido absoluto ni restrictivo; puesto que sí se puede residenciar una nueva demanda de inconstitucionalidad por infracción de otra norma constitucional sustancialmente distinta a la primigenia sentencia desestimativa.⁷¹ Igualmente, dicha norma originalmente declarada constitucional por el TC puede devenir en una inconstitucionalidad "sobreviniente" con la modificación o variación del parámetro de control (cambio o reforma de la Constitución).⁷²
- c) Cuando el Tribunal carezca de competencias para conocer la norma impugnada. En este supuesto el Tribunal en resolución debidamente motivada e inimpugnable declara la improcedencia de la demanda.

De estos dos supuestos, las resoluciones que expide el Tribunal en mérito al primer y segundo supuestos tienen efectos de cosa juzgada.

6.2.2. Inconstitucionalidad de normas conexas

Por otro lado, las sentencias estimativas de inconstitucionalidad van a tener efectos igualmente en aquellas normas que, si bien no fueron pri-

⁷⁰ Carpio Marcos, Edgar, "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal constitucional", en AA. VV, *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 224 y ss.

⁷¹ Vid. a Martín de la Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 52 y ss.; y Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 243 y ss.

⁷² Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Constituição e inconstitucionalidade*, 3º ed, Coimbra, Coimbra Edit, t. II, 1996, p. 340.

migeniamente impugnadas en el postulatorio, el artículo 77 del Código habilita al TC a extender la declaratoria de inconstitucionalidad a aquellas otras normas que deben extenderse por conexión o consecuencia; en tal sentido, estas normas igualmente van a tener efectos de su anulabilidad.

6.2.3. Efectos de las sentencias en relación al tiempo

En la jurisdicción constitucional peruana existe un criterio casi axiomático: que las sentencias que declaren inconstitucional una ley constituyen una anulación "profuturo", lo que supone que dicho fallo no tiene efectos retroactivos, como indica el citado artículo 80. Sin embargo, esta regla tiene ciertas excepciones que pasaremos a verificar. Los efectos de las sentencias constitucionales en el tiempo han venido siendo modeladas por el propio Tribunal Constitucional, a partir de lo que establece la Constitución y su desarrollo orgánico vía el Código Procesal Constitucional. Así, por razones propedéuticas bien se pueden identificar los siguientes tipos de sentencias según su aplicación en el tiempo.

- a) Sentencias con efectos inmediatos o irretroactivos: Se trata aquí de aquellas sentencias cuya aplicación es inmediata, a partir de su publicación en el *Diario Oficial El Peruano* (artículo 204 de la Constitución y artículo 80 del Código Procesal Constitucional); pero el efecto es a futuro y no retroactivo, por lo que no se permite revisar sentencias pasadas en calidad de cosa juzgada, en las que se hubiese declarado inconstitucional una norma.
En este caso se trata de sentencias tanto estimativas como desestimativas; de allí que se explica lo que establece el artículo VII del TP del Código Procesal Constitucional cuando precisa que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o de un proceso de acción popular.
- b) Sentencias con efectos retroactivos: Estas sentencias responden al criterio de que el acto inconstitucional de la norma se asimila al de la nulidad, en mérito a que todo acto, resolución o norma que

contraviene a su Comando Normativo Mayor es nula; por lo que el TC no declara en sentido estricto la nulidad del precepto impugnado, sino la nulidad preexistente. Sobre el particular, el TC ha modulado este tipo de sentencias en dos materias: la tributaria y la penal. Veamos más en detalles ambos aspectos:

- b') Sobre los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en materia tributaria: La Constitución en el artículo 204 *in fine* ha establecido que no tiene efectos retroactivos la sentencia del Tribunal que declara en todo o en parte una norma legal. Sin embargo, el Código Procesal Constitucional le ha deparado un régimen especial en torno al contenido y efectos de las sentencias que se pronuncian sobre la inconstitucionalidad de las normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, que prescribe que no surten efectos las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo. Así, la norma permite al TC, de manera excepcional, modular los efectos de su decisión en el tiempo en el caso de normas tributarias.⁷³ Esto significa que en vía de excepción una sentencia estimativa en materia tributaria sí tiene efectos retroactivos. Es más, el Código establece que las sentencias estimativas de inconstitucionalidad de estas normas tributarias deben resolver las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia. Esta atribución permite al TC decidir si los

⁷³ A manera de ejemplo se pueden citar las sentencias que el Tribunal Constitucional del Perú ha emitido en materia de arbitrios municipales (STC 0053-2004-AI/TC; STC 0041-2004-AI/TC), utilizando las sentencias anulatorias, pero dimensionando sus efectos hacia futuro. En los casos referidos, no obstante verificados los vicios y anomalías en la producción normativa de las municipalidades, el Colegiado consideró que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad hubiera creado un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes. Este argumento determinó que el Tribunal no hiciera uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo; estableciendo un justo equilibrio entre la capacidad de los municipios para seguir gestionando servicios y el respeto a los principios constitucionales para la creación de tributos. Sin embargo, ello no impide que, con justa razón, se determine dejar sin efecto cualquier cobranza en trámite, así como impedir el inicio de cualquier procedimiento cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en las normas declaradas inconstitucionales. Con ello, se impedía la aplicación de normas inconstitucionales a hechos pasados que no hayan quedado agotados.

efectos de su sentencia deben ser a futuro (*ex nunc*) o con carácter retroactivo (*ex tunc*), en cuya deliberación, evaluaciones en torno al coste económico, jurídico y político de su decisión adquieren especial relevancia.⁷⁴

b”) Los efectos de la sentencia constitucional en materia penal: El TC a partir de la interpretación desarrollada en el art. 204 de la Constitución vinculado con el artículo 103 en el que se dispone que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo", y en conformidad con lo que establece el artículo 82 del Código que dispone que:

Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103º [...] de la Constitución. [...]". Sobre la base de esta norma, el TC ha sostenido que "dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.⁷⁵

Sin embargo, el propio TC ha inflexionado la retroactividad benigna al sostener que "la ley penal más favorable no puede ser interpretada desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente". En concordancia con esta posición el TC ha sostenido que "la interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a

⁷⁴ STC 0041-2004-AI/TC, FJ 70.

⁷⁵ STC 0019-2005-PI/TC, FJ. 52.

partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación".

A partir de esta postura el TC ha señalado que una ley inconstitucional no puede desplegar sus efectos aún en el control difuso; por lo que es deber del juez a quien le soliciten su aplicación retroactiva inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución. Es así como el TC ha sostenido que: "La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos". Esta interpretación, por cierto, no tiene necesariamente que tomarse absolutamente según lo que ha dispuesto su intérprete; puesto que la constitución es meridianamente clara: "La ley [...] no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo".

- c) Sentencias de aplicación diferida: En este caso, el TC igualmente, al aplicar el principio de interpretación constitucional conocido como *previsión de consecuencias*,⁷⁶ ha impuesto la *vacatio sententiae* a los efectos de sus sentencias a fin de "prever las consecuencias de sus decisiones, susceptible de generar efectos nefastos como consecuencia de dicha declaratoria de inconstitucionalidad, por lo que en su fallo dispone una *vacatio sententiae*. Al menos en la STC 010-2002-AI/TC, relativo a la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas antiterroristas, ya establecía, antes de la existencia del Código que:

[...] tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de *modular los efectos en el tiempo de su decisión*. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en

⁷⁶ Sobre el particular, puede verse a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 83 y ss.

un plazo breve y razonable un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En igual sentido en la STC 0030-2004-AI/TC dispuso que su sentencia

comenzará a surtir efectos una vez que el legislador haya promulgado la norma correspondiente, que reemplace la actualmente vigente y que ha sido declarada inconstitucional, de tal manera que no quede un vacío en la regulación del porcentaje mensual de pago de pensión correspondiente al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

Por consiguiente, se propone al Congreso emitir, a la brevedad posible, la norma que modifique el contenido del artículo 1° de la Ley N.° 28047, respetando los principios establecidos y desarrollados por este Tribunal en la presente sentencia.

Este tipo de sentencias, vinculadas desde luego a las sentencias exhortativas con *vacatio sententiae*, no es definitivamente un tema pacífico. Si bien se reconoce los orígenes de este tipo de *vacatio* a través de la STC 00023-2003-AI, 0004-2006-PI y 0005-2007-AI vinculadas a la justicia militar, su desarrollo no fue del todo auspicioso porque el propio TC difería la aplicación de sus fallos.⁷⁷ Así, a lo largo de la presencia del TC se han seguido emitiendo fallos de esta naturaleza, como la STC 0033-2004-AI sobre anticipo adicional del impuesto a la renta, la STC 00016-2007-AI sobre beneficios tributarios a la Amazonía. Cabe reconocer que muchas de estas sentencias diferidas por la *vacatio sententiae* han producido una *rebeldía del legislador* al cumplimiento exhortativo de estas sentencias, como por ejemplo la STC 0030-2004-AI relacionadas al porcentaje de aportes destinados al fondo de pensiones de los trabajadores

⁷⁷ Castro Cruzait, Karin, "El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año XV, núm. 15, 2011.

del sector público. El Congreso omitió su regulación por tres años. Hay otros casos más clamorosos, como las sentencias en materia de justicia militar, en los que el Congreso promulga la Ley 28934 para precisamente prorrogar indefinidamente las normas declaradas inconstitucionales.⁷⁸ En los últimos tiempos, el TC no sólo ha expedido una importante cantidad de fallos exhortativos; y en muchos de ellos, con aplicación diferida, a fin de que las autoridades cumplan con legislar o disponer una determinada política pública; o casos como las declaratorias de estado de cosas inconstitucional; pero sus efectos han sido meramente declarativos. Frente a ello, el TC ha creado un llamado Sistema de Supervisión de Cumplimiento de sentencias del TC.⁷⁹

6.3. Efectos de la sentencia de acción popular

Recordemos que el proceso de acción popular es un proceso exclusivo del Poder Judicial. En el artículo 81 se dispone que las sentencias que declaren fundadas dichas demandas determinan la *nulidad*, con efecto retroactivo,

⁷⁸ Tejada Villar, Érika, *La vacatio sententiae en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto Chileno de Derecho Procesal. 23.07.2012

⁷⁹ RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 065-2020-P/TC

Que, de conformidad con el artículo 202 de la Constitución, es competencia del Tribunal Constitucional conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento. Asimismo, conoce, en instancia única, el proceso de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley;

Que, el artículo 139, inciso 2, de la Constitución, reconoce el derecho fundamental a la debida ejecución de las resoluciones jurisdiccionales;

Que, en un Estado Constitucional de Derecho, todos los poderes públicos, órganos constitucionales autónomos, y demás entidades públicas o privadas, tienen la obligación de acatar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, una vez que estos son publicados o notificados;

Que, en ejercicio de sus competencias, el Tribunal Constitucional ha exhortado a los poderes públicos, órganos constitucionales, entidades del Estado y particulares, realizar una serie de acciones con el propósito de superar el estado de precariedad constitucional en el que se encontraba la materia analizada, o ha declarado un estado de cosas inconstitucional;

Que, con el propósito de hacer seguimiento del estado de cumplimiento de las sentencias, en la sesión de fecha 14 de noviembre de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional aprobó crear una Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional, a fin de que se encargue de coadyuvar en la supervisión del cumplimiento de las sentencias y demás decisiones definitivas de este órgano constitucional, con especial énfasis en los casos en que se haya hecho exhortaciones a los poderes públicos y a los particulares, se haya declarado estado de cosas inconstitucional.

de las normas impugnadas. Dichas sentencias tienen efectos generales y se deben publicar obligatoriamente en el *Diario Oficial El Peruano*.

El fundamento constitucional de la citada regla se encuentra en el segundo párrafo del artículo 200 de la Constitución, que remite a la ley de la materia la determinación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. Se ha estimado conveniente otorgar *carácter declarativo* a las sentencias estimatorias, para revitalizar el funcionamiento del proceso de acción popular, que ha sido muy pocas veces utilizado debido a los efectos tradicionalmente limitados de sus sentencias, lo que ha conllevado a que en la práctica las veces que se ha querido cuestionar disposiciones reglamentarias se haya preferido recurrir al proceso de amparo, generándose distorsiones en su utilización.⁸⁰

En consecuencia con la regla que asigna efectos retroactivos a las sentencias recaídas en procesos de acción popular que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas, el artículo 93 permite la posibilidad de solicitar la adopción de *medidas cautelares* que impliquen la suspensión de la eficacia de las citadas normas, siempre que en primer grado se hubiera expedido sentencia estimatoria de la demanda.

A diferencia de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad que tienen carácter *constitutivo* y *profuturo*, con las excepciones en materia tributaria y penal, en el caso de la acción popular, éstas tienen carácter *declarativo*; de allí que el artículo 81 ha establecido como efecto que las sentencias estimativas en estos procesos podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo de las normas impugnadas. Así como el TC tiene la posibilidad de modular sus sentencias en el tiempo respecto al proceso de inconstitucionalidad, lo propio el Poder Judicial está facultado frente a las sentencias estimatorias de acción popular "determinar sus alcances en el tiempo". Estas sentencias tienen efectos generales y deben publicarse en el *Diario Oficial El Peruano*.

⁸⁰ AA.VV, *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, p. 90.

Por otro lado, la declaratoria de ilegalidad de una norma infralegal impugnada por vicios formales no impide que posteriormente sea interpuesta una nueva demanda por razones de fondo, eso sí, respetándose el plazo, para que no prospere la prescripción que establece el artículo 86 del citado Código.

En lo que respecta al control difuso que puede plantearse contra normas infralegales, el artículo VII del TP, como ya se ha aludido, impone a los jueces a que no puedan dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad o legalidad haya sido confirmada en un proceso de acción popular, con lo cual se cierran así los círculos de coordinación entre los procesos de tutela de los derechos fundamentales, con los que se enderezan a la tutela orgánica de la Constitución.

6.3.1. Sobre la ilegalidad de normas conexas

Similar a lo que ocurre en los procesos de inconstitucionalidad, el artículo 77 establece que una sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada —en este caso necesariamente normas de carácter infralegal—, debe el órgano jurisdiccional declarar igualmente ilegal o inconstitucional la de aquella otra a la que se extiende por conexión o consecuencia.

6.3.2. Acerca de las relaciones institucionales del PJ y el TC con ocasión de los procesos del control abstracto de las normas

Como quiera que la jurisdicción constitucional peruana ostenta el modelo dual o paralelo, en el que tanto la judicatura ordinaria como la del Tribunal Constitucional ejercen jurisdicción constitucional, en el caso de la acción popular se trata de un proceso constitucional *exclusivo* como ya se tiene dicho; por lo que, como se ha especificado, en el segundo párrafo del artículo 200 de la Constitución que remite a la ley de la materia determinar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad

de las normas, es que el Código ha establecido un mecanismo de articulación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, aparte de lo establecido en el artículo VI y VII del TP del Código Procesal Constitucional y de la Primera y Segunda Disposición General de la LOTC, Ley 28301, el artículo 79 establece que los jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida resolución definitiva. Esto significa que el resultado de una sentencia en un proceso de acción popular, aun manteniendo su propia autonomía y fines, puede eventualmente depender de lo que el Tribunal falle, respecto a la presunta constitucionalidad o no de la ley a la cual supuestamente la norma infralegal habría violentado.

G. Ejecución de las obligaciones patrimoniales en los procesos constitucionales

Uno de los terrenos convulsionados que se presentan en los procesos constitucionales, a diferencia de los procesos ordinarios que le es consustancial el cumplimiento de obligaciones patrimoniales, es verificar cómo es que se ejecutan obligaciones patrimoniales que confluyen en la parte resolutive del fallo constitucional y que impone a los emplazados con la demanda típicas sentencias de condena. Así, una orden compulsiva de realizar una prestación u obligación patrimonial puede parecer ajeno a los fines que persigue todo proceso constitucional; sin embargo, esta posibilidad es real.

Para empezar el artículo 1 del Código Procesal Constitucional establece que entre la finalidad de todo proceso constitucional está la de disponer el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; lo propio el artículo 52.3 establece que la sentencia constitucional de los procesos de la libertad deben contener, según sea el caso, "la determinación de la obligación incumplida, así como la fundamentación que conduce a la decisión adoptada" (inciso 4) y como corolario, "la decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto" (inciso 5). Y lo

propio encontramos en el segundo párrafo del artículo 26, en el que la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer, es de actuación inmediata. Estos preceptos más el artículo 27 que ya se ha aludido y en concordancia con el artículo 72 y 73 relacionado a los procesos de cumplimiento, sumados al artículo IX del TP del Código Procesal Constitucional, en la cual los jueces ejecutores disponen de la aplicación supletoria básicamente del Código Procesal civil, es que en rigor no existe ningún vacío para disponer que el emplazado cumpla con la obligación patrimonial según fuera un particular o el Estado.

7.1. Cuando el obligado es un particular

En este caso, siendo el sujeto pasivo de una demanda fundada de algún proceso constitucional, en principio no habría mayores problemas en la ejecución de obligaciones patrimoniales en tanto se aplicarían las medidas coercitivas propias del Código Procesal Civil que se ven previstas en el artículo IX del TP del Código Procesal Constitucional; sumado a ello, el artículo 27 establece que las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre la de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

7.2. Cuando el obligado es el Estado

En este caso nos encontramos con que el emplazado de algún proceso constitucional es la Administración Pública. Para tal efecto, el TC ha dispuesto mandatos concretos que dan cuenta de la urgencia de la actuación jurisdiccional a fin de hacer efectivas las decisiones, no sólo del TC, sino también de toda sentencia judicial. Así, al reconocer que la legislación procesal constitucional resulta muy escueta en la regulación de la ejecución de las decisiones, el TC frente a dichos vacíos ha establecido en la sentencia 4119-2005-PA/TC que la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo "puede servir de pauta", frente a dichos vacíos. Así, al tratarse de decisiones que contienen obligaciones de dar sumas líquidas

de dinero, el artículo 42° de la Ley 27584 establece: 1) la posibilidad de ejecución forzosa contra la Administración; 2) la actuación administrativa para lograr ampliaciones presupuestarias para atender las obligaciones que contiene una sentencia; 3) el inicio de oficio del trámite de ejecución forzosa conforme al artículo 713 ss. del Código Procesal Civil, modificado mediante Ley N° 27684, de 16 de marzo de 2002 con el siguiente texto:

Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero. Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero serán atendidas única y exclusivamente por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo a los procedimientos que a continuación se señalan [...].

Sin embargo, este párrafo del texto fue modificado luego del pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, al fallar en la sentencia recaída en los Expedientes Acumulados N.os 015-2001-AI-TC, 016-2001-AI-TC y 004-2004-AI-TC, publicada el 1-2-2004, declaró inconstitucional la expresión *única y exclusivamente* del presente artículo, quedando subsistente dicho precepto legal con la siguiente redacción:

Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan [...].

La misma norma modificadora estableció un procedimiento en pro de la administración a la hora de hacer efectivo el cobro de sumas de dinero a consecuencia de sentencias judiciales. Así, el artículo 42.2 del texto modificado establece una suerte de potestad discrecional en el pago de las deudas, al establecer que "(...) el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de

notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente".⁸¹

No obstante lo señalado, se debe reconocer que pese al conjunto de normas establecidas, el TC ha considerado que es necesario que el legislador realice las modificaciones legislativas pertinentes a fin de atender la naturaleza del derecho fundamental que representa hoy en día el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales en general y, en particular, de las sentencias constitucionales.

7.3. El caso de las costas y costos

El Código ha establecido en el artículo 26 que, si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos para que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. En el caso de que el obligado resulte una persona particular —natural o jurídica— no existirían problemas para ejecutar el pago de las costas personales, así como el costo de los honorarios del abogado de la parte vencedora; pues ello se ejecutaría, por principio, por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

El problema revierte una complejidad cuando se trata del Estado el que ha sido vencido. Así, primigeniamente el TC mantenía la posición de que el amparo no era la vía idónea para solicitar el pago de las costas y costos del proceso (STC 0336-1996-AA/TC, FJ 3); posteriormente y ya sobre la base del vigente Código ha empezado a pronunciarse en casos concretos; así, en la STC 4020-2004-AA/TC, FJ 4, el TC ha dispuesto que la demandada —ONPE— pague sólo los costos del proceso y declara improcedente el pago de las costas. Lo propio en la STC 3149-2004-AC/TC, pues el TC dispone que el pago de costos deberá hacerse efectivo

⁸¹ STC 4119-2005-PA/TC, FJ. 45 al 50.

en la etapa de ejecución de sentencia, donde además deberá efectuarse conforme a los artículos 1236 y 1244 del Código Civil, el abono de los intereses legales a partir de la fecha en que se determinó el pago de los derechos hasta que se haga efectivo. En buena cuenta, la autoridad o funcionario sí está obligado a disponer a realizar el pago de las costas y costos, aun cuando hay que reconocer que sobre este extremo existe aún una tímida aplicación de la materia, pues subyace en ella una interpretación oficialista o gubernamental.

Por otro lado, al tratarse de un amparo que fue desestimado, el juez puede condenar al demandante al pago de costas y costos "cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad"; ello se concuerda con el artículo III *in fine* del TP del Código Procesal Constitucional que establece que la gratuidad a favor del demandante no exonera el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos, conforme a lo previsto en el presente Código.

Finalmente, el Código ha establecido que en los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

H. Efectos personales de las sentencias constitucionales

Como quiera que la finalidad de todo proceso constitucional, según lo tiene establecido el artículo II del TP, es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, y que las sentencias del TC, según lo tiene establecido la Primera Disposición General de la LOTC, Ley 28301, constituyen doctrina jurisprudencial de obligatoria observancia por parte de los jueces y tribunales, quienes tienen que interpretar y aplicar las leyes y normas con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que de ellos haya efectuado el Tribunal en sus sentencias. Así, el TC ha señalado que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Cons-

titucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos. Los *efectos directos* de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis. Por lo general se trata de las típicas sentencias que cubren los procesos constitucionales de la libertad. Los *efectos indirectos* se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, tanto las personas como las autoridades o funcionarios quedan vinculados, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante,⁸² incluso bajo la modalidad de que la sentencia del TC declare un estado de cosas inconstitucionales, generando efectos indirectos como consecuencia de la sentencia con efecto más allá de las partes.

En tal perspectiva, el carácter de la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales expedidas por el TC va a tener efectos en dos modalidades:

- a) *El efecto general o erga omnes*: Efectos que son en torno a los fallos del control abstracto de las normas sometidas a un proceso de inconstitucionalidad o proceso competencial; esto es, se trata de aquellas sentencias que giran en torno a lo que por razones prope-
deúcticas hemos utilizado la calificación de sentencias que defienden la *parte orgánica de la Constitución*; aquí caben, aunque de suyo excepcionales, ubicar a las sentencias que contienen precedentes vinculantes y las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales.
- b) *El carácter concreto o inter partes*: Se trata aquí de las sentencias que defienden la *parte dogmática de la Constitución*; esto es, aquellos

⁸² STC 0024-2003-AI/TC.

fallos que se pronuncian sobre los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, cuyos efectos por lo general giran, como veremos luego, tanto contra autoridades, funcionarios o personas, pero cuya decisión sólo vincula a dichas partes sometidas en el proceso constitucional.

I. La sentencia dentro del sistema de fuentes peruano

9.1. La jurisprudencia como fuente del Derecho

A partir de la superación del clásico *concepto político* de Constitución a su *concepto normativo*, hoy la Constitución se presenta como el centro copernicano en el que giran y dimanar las fuentes del Derecho, en tanto la Constitución guarda conexión con el sistema de fuentes del Derecho,⁸³ esto es a aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma; así, el TC a partir del pronunciamiento de la STC 047-2004-AI/TC ha señalado que la Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas, por tanto, la producción misma del ordenamiento estatal; y en tal sentido la Constitución se presenta como la fuente de las fuentes del sistema jurídico y la que regula la producción normativa en dos variantes: ser fuente formal y fuente material. A partir de esta situación, la ubicación de las sentencias dentro de las fuentes del sistema jurídico peruano constituye un rol relevante y en el que ya el TC lo ha ubicado dentro de una manifestación de los modos de producción jurídica, como es la jurisprudencia. Así, el TC ha establecido que en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139, reconoce el principio de no dejar de admi-

⁸³ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1999.

nistrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura.

9.2. La jurisprudencia constitucional y el precedente vinculante como fuente del Derecho

En tal situación, el TC ha señalado los alcances de la doctrina jurisprudencial y ha conceptualizado a la noción de jurisprudencia constitucional como al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, el legislador dentro de este tipo de doctrina jurisprudencial ha hecho una distinción del *precedente constitucional*, que es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene sus orígenes desde la antigua Ley 23506.⁸⁴

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante, la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o

⁸⁴ García Belaunde, Domingo, "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú", en *Anuario Peruano de Derecho Constitucional*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional/Instituto Pacífico, vol. I, 2021, pp. 23-43

argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

El TC al realizar cierta interpretación de cara al artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional precisa determinados presupuestos básicos que debe tener la sentencia con efecto normativo o precedente, y son:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este último supuesto, enfatiza el TC que, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional está obligado a justificar la técnica del *overruling* y a expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.⁸⁵ A ello se debe agregar que el *overruling* requiere de cinco votos conformes de los magistrados.

⁸⁵ STC 0024-2003-AI/TC.

Respecto a la eficacia en el tiempo del precedente vinculante (*prospective overruling*), similar a lo que ocurre con los efectos diferidos de las sentencias estimativas en el proceso de inconstitucionalidad, el TC igualmente puede disponer, de suyo excepcional, que la aplicación del precedente vinculante se realice con lapso diferido (*vacatio sententiae*), ello en razón de salvaguardar la seguridad jurídica o evitar situaciones de injusticia que pueda acarrear la inaplicación abrupta de la anterior regla vinculante establecida por el propio órgano jurisdiccional;⁸⁶ asimismo, se trata de mantener en términos constructivos el cambio y la continuidad de las resoluciones de la justicia constitucional, dado que existe un constante encauzamiento de las transformaciones de la jurisprudencia constitucional vía la técnica del *overruling*; como consecuencia de toda esta situación el propio TC se ha autorregulado y ha señalado que al momento de cambiar el precedente, debe optar, según sean las circunstancias por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque con la orden que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.⁸⁷

⁸⁶ Es lo que ocurre en la STC 0004-2006-PI/TC y la STC 0006-2006-PI/TC, cuyos procesos declararon inconstitucional la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar-Policia. Allí se dispuso una *vacatio sententiae* por un lapso de seis meses en el primer proceso y en el segundo se amplió hasta el 31 de diciembre de 2006, a fin de que el legislador regule la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución.

⁸⁷ STC 0024-2003-AI/TC.

Delineado *grosso modo* la noción y las características peculiares del precedente constitucional peruano;⁸⁸ toca aquí hacer un breve deslinde entre el precedente constitucional con la jurisprudencia constitucional; o lo que es lo mismo, las sentencias constitucionales que expide el Tribunal Constitucional.⁸⁹

La distinción entre jurisprudencia y precedente se debe a que se trata de conferirle mayor predictibilidad a la jurisdicción constitucional al hilo de lo que establece el artículo VI. Así, tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio; empero, se va a diferenciar el precedente, en tanto éste ejerce un poder normativo general y extrae una norma a partir de un caso concreto. Ergo, el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia. Otra diferencia adicional radica en que la jurisprudencia constitucional no tiene un momento específico de configuración, por lo que se ubica dentro de las denominadas *fuentes-hecho*; en cambio el precedente constitucional nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno, por lo que cabe identificarla dentro de las denominadas *fuentes-acto*.⁹⁰

En tal situación queda claro que las sentencias constitucionales expresadas como jurisprudencia, bifurcadas bien sea como jurisprudencia constitucional *sensu stricto* o como precedente vinculante, ambas se ubican dentro del sistema de fuentes que le otorga la Constitución dentro de los diversos modos de producción jurídica.

⁸⁸ Grandéz Castro, Pedro, "Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú", en *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, pp. 93 y ss.

⁸⁹ Un reciente trabajo se puede ver en Ruiz Riquero, José Humberto, *La teoría del precedente vinculante*, Lima, Grijley, 2021.

⁹⁰ Rodríguez Santander, Roger, "El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos", en *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, pp. 61 y 62.

9.3. La posición del precedente vinculante dentro del sistema de fuentes

Reconocido que el precedente constitucional tiene efectos similares a una norma, ocurre que ella —la sentencia constitucional como precedente— se encuentra incluso en una posición de mayor jerarquía: a) primero, frente a los demás fallos o jurisprudencia constitucional del propio TC; y b) segundo, frente a la ley; las razones se atienden en función a que para que exista un precedente constitucional ha sido preciso que las disposiciones constitucionales hayan coadyuvado en términos exclusivos en la creación jurisdiccional de la norma; es decir, estamos ante la creación del derecho a golpe de sentencia; pero no cualquiera, agregamos más, no cualquier sentencia constitucional, aunque genere jurisprudencia constitucional resulta ser precedente constitucional, sólo y tan sólo el precedente revestirá dentro del sistema de las fuentes una jerarquía mayor a una norma legal ordinaria. En buena cuenta, el precedente constitucional convierte su fallo, así como la *ratio decidendi* que lo fundamenta en disposición o norma, iniciando un periplo en paralelo con los demás textos normativos que se supeditan a ésta; es decir, la decisión del Tribunal constituye fuente de fuentes de Derecho en el nivel incluso superior al de la ley, pues se trata de "creaciones" en el marco de una reflexión de nivel constitucional; es decir, el precedente constitucional que surge como consecuencia de interpretaciones de la Norma Superior genera "normas paraconstitucionales"⁹¹ que llegan a tener un nivel jerárquico superior al de la propia ley.

No obstante, a la fecha estas apreciaciones pueden resultar relativas, dado que la jurisdicción constitucional en el Perú, pese a su creación desde el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales con la Carta de 1979 y el actual Tribunal Constitucional, a partir de la Constitución de 1993, tienen en ambas constituciones ya cerca de cuarenta años de jurisdic-

⁹¹ Vid. al respecto a Rodríguez Santander, Roger, "El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos", *op. cit.*, p. 70

ción constitucional, por lo que su desarrollo ha tenido avances y retrocesos. Esto es, la doctrina jurisprudencial deberá irse consolidando, con un desarrollo progresivo y prudente, para evitar en lo posible un hiperactivismo judicial que torne nocivo su influjo en el sistema jurídico y, cuando sea necesario, impulsar sentencias atípicas cuando la realidad lo imponga y en lo posible en forma excepcional. Con todo, en estos años, se ha impuesto la aceptación social de sus fallos; sin embargo, el tema de los efectos de las sentencias constitucionales aún es un complejo terreno comanche lleno de muchas aristas que la ciencia procesal constitucional no debe ser indigente; y muy por el contrario, requiere de una extraordinaria imaginación no exenta de audacia para afirmar la plenitud de sus decisiones, aun cuando exista una natural y obvia resistencia de los emplazados a cumplir la justicia constitucional. En lo que corresponde al actual TC peruano que se identifica por los tramos de renovación de los que lo integran, este último colegiado (2014-2022) ha expresado un activismo anti garantista; todo ello ha significado el rechazo de miles de demandas bajo criterios nada constitucionales. La línea de evolución de la justicia constitucional en estos últimos años ha sido marcar la pauta de un activismo, pero siempre para garantizar la supremacía de la constitución y de los derechos fundamentales; mas no para anteponer sentencias mutativas, interpretaciones oficialistas o gubernamentales, desamparando a los afectados; por cierto que no todos los que lo integran asumen este criterio restrictivo, pero es el resultado de la sentencia colegiada la que define el perfil de cada tribunal constitucional.

Trujillo-Lima, 10 de agosto de 2007
Día de San Lorenzo

Revisado y reestructurado el 17 de noviembre de 2021

J. POST SCRIPTUM

Aunque formalmente se ha llegado a un siglo desde que se crearan los tribunales constitucionales con el de Austria en 1920, el producto de sus

resoluciones tanto en los modelos típicamente *concentrados* de jurisdicción constitucional, como los *modelos americanos*, no dejan de manifestar una serie de aristas y de problemas en torno a lo que producen: las sentencias constitucionales.

Hoy a nivel global se desarrollan permanentemente encuentros entre los que destacan la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional. De plano, el producto de estas entidades jurisdiccionales son precisamente sus sentencias en las que se pretende resolver disputas derivadas de los dos grandes estatutos que regulan las constituciones: el estatuto del poder y el estatuto de las libertades.

En cada uno de estos estatutos, que son efectivamente las competencias de estos órganos de jurisdicción constitucional, se manifiestan una serie de problemas que bien podríamos sintetizar complementando el trabajo ya abordado/ en las siguientes líneas:

- a) Esencia y naturaleza de las sentencias constitucionales.
- b) La forma cómo se desarrolla la motivación de estas resoluciones.
- c) Las sentencias atípicas que hoy forman parte de la dinámica jurisdiccional de las altas cortes.
- d) La interpretación constitucional como problema y la legitimidad de las sentencias constitucionales mutativas.
- e) Las sentencias constitucionales con decisiones jurisdiccionales y con decisiones políticas de las Salas o Cortes constitucionales.
- f) El grado de efectividad y su ejecución como fase final de todo proceso judicial.
- g) El acatamiento de las sentencias convencionales frente a las sentencias constitucionales.

Pasamos en forma sumamente breve, a establecer unas reflexiones complementarias que permitirán ubicar el contexto actual las sentencias constitucionales en el marco de lo ya escrito.

a) Esencia y naturaleza de las sentencias constitucionales

De primera intención sólo cabe hablar de sentencias constitucionales (de ahora en adelante SC) como aquellas resoluciones judiciales que derivan de cualquier proceso constitucional y que han sido emitidas por las altas cortes jurisdiccionales.

Ergo, no todo lo que se produce en la justicia, así la materia o sus contenidos esté vinculado a temas de relevancia constitucional, son sentencias constitucionales, pues la doctrina precisamente identifica muchos derechos constitucionales de regulación legal ordinaria que se resuelven a través de los procesos paralelos.

Esta situación desemboca, por otro lado, en torno a la *naturaleza* de los procesos constitucionales que es de *carácter residual*, y una SC debe efectivamente resolver la decisión final de una disputa constitucional. Muchas de estas disputas o controversias, derivan de la propia dinámica del ejercicio del poder político en un Estado. A ello se suma que los tiempos actuales como reflexiona Bauman son estados de crisis⁹² y en los países de América Latina los populismos vienen asolando las democracias contemporáneas. Bajo estos escenarios, los jueces constitucionales tienen que enfrentar grandes retos frente al poder, a grupos de presión, a una prensa mediática. Los permanentes problemas del estatuto del poder generalmente se ventilan y resuelven a través del control abstracto de las normas sometidas a su control constitucional, pero fundamentalmente a través de las sentencias derivadas de los *conflictos de competencia* entre los diversos órganos del Estado; parcialmente, muchos de estos casos derivan igualmente de presuntos *actos lesivos* que violan o amenazan derechos fundamentales de quienes han ejercido y detentado el poder, así como, en la otra orilla, de quienes se encuentran en oposición al poder.

⁹² Bauman, Zymunt y Bordoni, Carlos, *Estado de crisis* (trad. de Albino Santos), Barcelona, 2016.

Auscultar igualmente la *esencia* de las sentencias constitucionales nos lleva a ver ante qué tipo de resolución jurisdiccional estamos. Por lo general, los procesos de inconstitucionalidad son declarativos, lo propio ocurre con los conflictos competenciales, ambos para recordar la vieja y vigente categoría acuñada por Mauro Cappelletti cuando aludía a la *jurisdicción constitucional orgánica*.

En los procesos de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que son los referidos a la tutela de los derechos fundamentales como el hábeas corpus o el amparo, por ejemplo, son por regla general sentencias de condena.

Normalmente, la mirada de la Teoría General del Proceso se resiente al observar en la SC que, aparte de tener una estructura en la conformación radicalmente distinta a las sentencias de la justicia ordinaria, sumado a una argumentación que muchos invocan que en las sentencias constitucionales se interpreta bajo la *ponderación* y las sentencias ordinarias bajo los marcos de la *subsunción*, lo más relevante de las sentencias constitucionales está en que los intérpretes deciden bajo el formato de un órgano de naturaleza jurisdiccional, pero muchas de ellas con indudables *efectos políticos*. Ello ocurre en dos tipos de procesos a nivel de los Estados constitucionales: los procesos de inconstitucionalidad y los procesos competenciales. Igual, muchos casos de sentencias derivadas de procesos de amparo o de hábeas corpus, al estar vinculados a personajes de alto calibre público (el acceso a la información pública), las jurisdicciones constitucionales toman en sus decisiones un carácter inevitablemente político.

Si esto es así, surge la inevitable interrogante: ¿la justicia constitucional es una justicia exclusivamente jurisdiccional o tiene un carácter político cuando resuelve procesos de la jurisdicción constitucional orgánica? Evidentemente la respuesta no puede ser apodíctica sea cual fuere la posición que se asuma. Es, por tanto, comprensible que un procesalista como Osvaldo Gozaíni sostenga que: "Una sentencia se analiza desde la Teoría General del Proceso; pero una sentencia constitucional no es

igual en la construcción y destino, de allí que igualar las bases de justificación con el derecho procesal no se entiende apropiado".⁹³ El *desiderátum* es que las SC cumplan un rol de una interpretación constitucional, bajo los marcos de afirmar la supremacía de la constitución y consolidar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. A ello se debe y ese es el verdadero destino de las jurisdicciones constitucionales a través de sus sentencias.

b) La forma como se desarrolla la motivación de las sentencias constitucionales

Este aspecto no reviste mayor complejidad puesto que las sentencias constitucionales mantienen una motivación homologable al resto de la justicia ordinaria. Así, desde que en el siglo XX empezó el periplo del desarrollo del derecho procesal a constitucionalizarse, se esgrimen diversos fundamentos constitucionales en el Derecho Procesal.

Uno de ellos como concepto omnicomprendivo es el debido proceso y el otro la tutela judicial. El Código Procesal Constitucional del Perú que históricamente entró en vigor a inicios de diciembre de 2004 ha acuñado la categoría *tutela procesal efectiva* y una de sus manifestaciones es la motivación de las resoluciones judiciales como parte del concepto continente del debido proceso. Por tanto, la motivación de las resoluciones judiciales constituye el mismo método que se desarrolla en la jurisdicción ordinaria, tanto como en la constitucional. No obstante, hay diversas características radicalmente distintas que particularizan uno y otro. Evidentemente, motivar significa expresar las razones, debidamente sustentadas bajo argumentos coherentes "que justifiquen o expliquen el signo de la decisión adoptada por los tribunales, si es favorable o adversa a un litigante o al otro".⁹⁴

⁹³ Gozafini, Osvaldo Alfredo, *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015, p. 43.

⁹⁴ Garberí Llobregat, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Pamplona, Thomson Reuter, 2009, p. 164.

Así, el TC ha decantado en su momento manifiestas *patologías* de una indebida motivación que puede ser objeto de un examen y control constitucional.⁹⁵ Así, se reconocen las siguientes figuras:

- i) Inexistencia de motivación o motivación aparente;
- ii) Falta de motivación interna del razonamiento;
- iii) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas;
- iv) La motivación insuficiente;
- v) La motivación sustancialmente incongruente;
- vi) Motivación cualificada.

Y pueden seguirse reconociendo más, pero basta con este breve listado.

Uno de los problemas que actualmente se observa en los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales de Latinoamérica es la manifiesta violación a la *tutela judicial efectiva* como una manifestación del derecho a obtener una *resolución judicial de fondo*.

Para ello han apelado a una recepción pasiva de la llamada "*trascendencia constitucional*". Así, si llega a una alta corte un recurso que le permite como instancia evaluar un fallo desestimativo por las otras instancias, los TC apelan a un subterfugio que de por sí es subjetivo y, por lo mismo, arbitrario, y deciden rechazar el recurso y declarar improcedente sin pronunciamiento de fondo bajo el argumento de que la causa no tiene relevancia o trascendencia constitucional.

Encontramos, por tanto, que en las propias sentencias constitucionales existe un déficit constitucional en este rubro. A la postre, los justiciables que han trajinado largos periplos de agotamiento de un proceso constitucional y terminan en la máxima instancia sin que se les haya escuchado, oído y ejercido el derecho de defensa. Esto ha generado una

⁹⁵ STC 0728-2008-PHC, FJ 7.

involución en el amparo, por ejemplo, como una manifestación de desamparo. Llegado hasta aquí, no cabe duda que las motivaciones de la jurisdicción ordinaria, si bien se realizan bajo los predios de la interpretación de *normas-reglas*, el marco de su fundamentabilidad radica bajo un criterio estrictamente normológico; lo que no ocurre ciertamente en la jurisdicción constitucional, cuyas SC van a tener una motivación no sólo jurídica y, en particular, de orden constitucional, sino que la interpretación constitucional que de ella se haga tiene un marco teórico interdisciplinario y muchas veces metajurídico; de allí que muchas de las razones jurídicas son razones políticas bajo los marcos de un ropaje jurídico.⁹⁶ Al fin y al cabo, el *concepto normativo* de Constitución como fuerza normativa que inaugurara en su momento Konrad Hesse (1959), al que le seguirían Eduardo García de Enterría y en Latinoamérica Germán Bidart Campos, no ha liquidado la esencia de una Constitución: su *concepto político*. Y, por tanto, muchas de las motivaciones de las altas cortes en la jurisdicción constitucional van a estar sustentadas bajo criterios determinadamente políticos. Lo que no habilita, por cierto, a que sus integrantes se desmarquen de una cartografía de lo que dispone la Constitución.

c) Las sentencias atípicas que hoy forman parte de la dinámica jurisdiccional de las altas cortes

Normalmente la teoría procesal ha distinguido dos tipos de sentencias: las estimativas y las desestimativas. Las primeras, como hemos podido apreciar en el trabajo, otorgan la razón a quien postula un proceso constitucional, y pueden ser fundadas en todo o en parte. En las segundas, la justicia no le da la razón al actor y se bifurca en dos variantes: que la sentencia sea improcedente o infundada. La primera no supone un pronunciamiento del fondo de lo que se discute, simplemente por razones

⁹⁶ García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, t. II, 2005, pp. 591 y ss. específicamente, p. 61.

de procedibilidad se emite un fallo improcedente. En las SC infundadas, allí sí, la decisión final de los órganos jurisdiccionales ha significado el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Hoy, los escenarios de la modernidad permiten apreciar que muchos fallos no encuentren acogida en esta visión clásica de las sentencias que nos suministra la teoría general del proceso. Y ello en virtud de que la materia constitucional, la forma como ocurre su interpretación y los criterios y principios que rigen la interpretación constitucional son precisamente distintos a la jurisdicción ordinaria. A ello se suma que los tribunales, Salas o Cortes constitucionales tienen un margen que normalmente no tienen los jueces ordinarios; y ello ocurre no sólo porque se apela a la distinción entre "disposición" y "norma";,o entre normas reglas y normas principios, o porque en los últimos tiempos han surgido desde los predios de la filosofía jurídica bases teóricas de la "argumentación jurídica". Es probable que aparte de estos factores, los tribunales constitucionales apelan a este tipo de SC porque son excepcionales y necesarias, a fin de evitar mayores confrontaciones y conflictos que pueden significar una radical declaratoria de inconstitucionalidad de una ley; o porque la interpretación previsora permita auscultar que es mejor echar mano a este tipo de sentencias que no son clásicas. Con todo, en este tipo de fallos tampoco tienen por qué ser todas absolutamente legítimas en la construcción y desarrollo de las democracias contemporáneas; pero es probablemente lo menos malo que existe para seguir bajo los renovados caminos que la invención humana tiene, a partir de la interpretación constitucional.

d) La interpretación constitucional como problema y la legitimidad de las sentencias constitucionales mutativas

Uno de los problemas que trae la emisión de las sentencias constitucionales es la naturaleza de lo que interpreta. Es decir, si el sustento de toda interpretación va a recaer a través de un fallo, hasta qué punto dicho fallo de las jurisdicciones constitucionales y su interpretación que ella

trae son legítimos, cuando se trata de *sentencias mutativas*. Identificamos como tales a aquellos fallos en los que los tribunales constitucionales, más que haberle asignado un *sentido a una norma*, le han otorgado una interpretación radicalmente diferente de lo que a ella le corresponde. Se podrá aquí criticar esta aseveración, puesto que, al fin y al cabo, son estas altas Cortes a las que les corresponde definir en última instancia, por ser sus supremos intérpretes. Este planteamiento, que de por sí es obvio, no enerva un hecho pétreo: muchos tribunales constitucionales han hecho de su labor jurisdiccional una manipulación, no en el sentido de las típicas sentencias interpretativas manipulativas, sino en *cambiar* el sentido de lo que es y fluye del texto constitucional. Lo que apuntaba Hsu Dau-Lin "se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro".⁹⁷

Esto ha convertido a los tribunales, Salas o Cortes constitucionales en pieza clave para emitir muchas veces sentencias *gubernamentales* u *oficialistas*, por lo que estos órganos se convierten a disposición de quienes mandan o tienen el poder. A ello se suman muchos factores metajurídicos: posverdad, prensas parcializadas, corrientes de opinión; lo que genera, como bien apunta Sagües, un "escaso grado de independencia o de imparcialidad en cuanto a los otros poderes del Estado".⁹⁸

Al llegar a este punto, el rol de los tribunales constitucionales en los tiempos actuales respecto a la consolidación de una verdadera democracia no siempre implica un escrutinio de un verdadero control jurisdiccional, sino el efecto adverso, pues lo que hace en el plano de la realidad es legitimar manifiestas conductas de demérito constitucional, como son, por ejemplo, los fenómenos de las *mutaciones constitucionales* y las *desconstitucionalizaciones*, factores dentro de la dinámica constitucional que menoscaban la democracia constitucional.

⁹⁷ Dau-Lin, Hsu, *Mutación de la constitución* (trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster), Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, p. 29

⁹⁸ Sagües, Néstor, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 174.

e) Las sentencias constitucionales como decisiones jurisdiccionales y como decisiones políticas de los tribunales, salas o cortes constitucionales

Al lado de lo anotado líneas arriba se presentan en periplo paralelo dos casos que envuelven a las sentencias constitucionales, pues no sólo deben ser entendidas como decisiones jurisdiccionales sino como *decisiones políticas* a través de un organismo jurisdiccional. El tema no es absolutamente nuevo y de ello se ha escrito lo suficiente. Empero, cabe aquí evidenciar que las jurisdicciones constitucionales forman hoy parte de un control político expresado en el *control constitucional* que hoy se lleva a cabo bajo los derroteros de la jurisdicción constitucional, a través de los procesos constitucionales. Procesos, por ejemplo, del control abstracto en los que la decisión política del Congreso o del Ejecutivo que haya emitido normas con rango de ley o de otras entidades estatales es controlada ya no bajo las reglas políticas de la dinámica de un Estado en su quehacer cotidiano, sino de la evolución y desarrollo de las jurisdicciones constitucionales que pueden (y deben) jugar una pieza clave en, efectivamente, consolidar las democracias. Ello se pone con mayor énfasis en los procesos de conflicto competencial que generan las complejas relaciones entre los diversos órganos del Estado, ya no sólo con lo clásico de estos procesos: *conflictos positivos* cuando un órgano del Estado se arroga ser competente o *conflicto negativo* cuando entre los órganos del Estado niegan entre ellos ser competentes; sino a partir de otras nuevas figuras que la dinámica jurisdiccional crea a través de nuevas "tipologías" *atípicas* de sentencias como son: a) conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales, que a su vez se manifiestan en tres variantes: i) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, ii) conflicto constitucional por menoscabo de interferencias, y iii) conflicto constitucional por menoscabo de omisión; y b) conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio.⁹⁹

⁹⁹ Vid. STC 0003-07.CC, STC 0004-2004-CC, y STC 0006-2019-CC.

A la postre, toda sentencia constitucional es una decisión jurisdiccional bajo un cariz de decisión política, y ello lleva a reconocer la esencia de estas altas cortes en la emisión de estas sentencias constitucionales: su *naturaleza política* como lo reconociera en su momento Häberle y que hoy, al ser moneda corriente, no debe perderse de vista la verdadera esencia jurisdiccional que envuelve su rol en los actuales tiempos.

f) El grado de efectividad de las sentencias constitucionales

Otro tema que compromete a estas alturas de los tiempos es verificar si existe un grado de eficacia lo que resuelve estos órganos jurisdiccionales, o es que muchas veces las sentencias constitucionales terminan por ser apenas un consuelo declarativo sin efectos prácticos.

Es evidente que toda SC debe culminar en su última fase como parte del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, hay sentencias constitucionales y sentencias inconvencionales. Mientras que muchas no tienen problema en su ejecutabilidad y por lo general se mueven por el mundo de la jurisdicción constitucional de la libertad, en otras tantas, el grado de su eficacia está condicionado y determinado por factores metajurídicos; pero aun así compromete a quienes las emiten, sobre todo el respeto y el prestigio de la institución jurisdiccional:

Basta un breve listado:

- a) Sentencias que declaran un estado de cosas inconstitucionales.
- b) Sentencias exhortativas para que la entidad estatal emita una norma y no se desencadene problemas de inconstitucionalidad por omisión.
- c) Sentencias que ordenan el desarrollo de determinadas políticas públicas.

- d) Sentencias que declaran una *inconveniencia por omisión* y el Estado no dispone su desarrollo normológico (y presupuestal) de lo que exige alguna norma del *bloque de convencionalidad*.
- e) Eventualmente las sentencias que pueden declarar un *estado de cosas inconvenientes*.
- f) Podríamos finalizar con el caso de las sentencias que no presentan potencialmente conflictos en su dinámica jurisdiccional, normalmente cabe identificar al grueso de los fallos que son desestimativas, bien sea porque son improcedentes o son infundadas. Este tipo de sentencias constitucionales constituyen el arsenal cuantitativamente mayor en la producción de los órganos jurisdiccionales. Es claro que aquí el justiciable no ha podido anular o remover el presunto acto lesivo que le causaba un perjuicio o agravio constitucional. Con todo, las sentencias constitucionales pacificadoras no siempre suponen el resarcimiento de un agravio a las partes, pero definen una situación de paz.

g) El acatamiento de las sentencias convencionales frente a las sentencias constitucionales

En el marco de la evolución de los nuevos paradigmas que surcan el actual horizonte contemporáneo del pluralismo jurídico y la globalización de la cultura y del derecho,¹⁰⁰ encontramos un nuevo concepto que ha empezado a tomar cuerpo a nivel de la doctrina convencional como es el que aquí nos atañe: *la cosa juzgada convencional*. No cabe duda de que de la cosa juzgada clásica ha evolucionado en el marco de la doctrina y de la experiencia y hoy podemos distinguir hasta tres clases de cosa juzgada: a) la cosa juzgada ordinaria o clásica; b) la cosa juzgada constitucional, y c) la cosa juzgada convencional.

Lo que aquí brevemente esbozamos es que, frente a las sentencias constitucionales cuyo sistema de cierre lo establecen los tribunales, salas o cortes constitucionales, dichos fallos pueden ser objeto de un control con-

¹⁰⁰ Lipovetsky, Guilles y Serroy, Jean, *La cultura mundo. Respuesta a una sociedad desorientada* (trad. de Antonio - Prometeo Moya), Barcelona, Anagrama, 2010.

vencional, y la situación que aquí se presenta es que pueden manifestarse *sentencias constitucionales inconventionales*; y la convencionalidad afectada no sólo ocurre con la violación o menoscabo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a su conjunto o *corpus iuris latinoamericano* conformado igualmente por los demás protocolos complementarios al Pacto, así como las sentencias convencionales y las opiniones consultivas. Por tanto, las SC tienen no sólo su marco de parámetro en sus textos constitucionales de cada órgano jurisdiccional, sino el bloque de convencionalidad que puede terminar reprochando las sentencias que resultan ser no sólo inconstitucionales, sino inconventionales. Por tanto, toda SC debe presumirse que es constitucional y eventualmente ser inconventional, y lo correcto es que toda SC sea objeto de una interpretación constitucional convencionalizada.

Finalmente, queremos dejar constancia de nuestra apreciación de lo que se ha venido desarrollando en la configuración actual del Tribunal Constitucional peruano en su periodo (2014-2022), periodo en el cual a la fecha de este escrito aún siguen los magistrados que lo integran; y es que el actual colegiado ha marcado una pauta de ser un tribunal activista, pero ha sido un activismo premunido de una presunta interpretación de constitucionalidad, para establecer mecanismos restrictivos de las garantías de los ciudadanos; el activismo no sólo ha sido en los desamparos de los amparos a través de precedentes constitucionales inconventionales (como la interlocutoria denegatoria, Elgo Ríos, etc.), sino que en el plano del control del poder, el TC llegó al extremo de bendecir y legitimar la disolución del Congreso, a rechazar los amparos tributarios y el grueso de amparos contra resoluciones judiciales. Con todo, hoy el Tribunal Constitucional peruano necesita de un recambio de sus integrantes, a fin de desarrollar un rol más efectivo al que la Constitución, la historia de los tribunales constitucionales a nivel planetario les confiere a quienes van a integrarlo ser los defensores y guardianes de la Constitución y de garantizar realmente la tutela de los derechos y libertades fundamentales; con mayor razón si hoy asoma un régimen político de claro tinte autoritario.

Lima, 15 de noviembre de 2021

K. Bibliografía

- AA.VV., *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005.
- Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- Bauman, Zymunt y Bordoni, Carlos, *Estado de crisis* (trad. de Albino Santos), Barcelona, 2016.
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bin, Roberto y Pitruzzella, Giovanni, *Diritto Costituzionale*, 2a. ed., Torino, Giappichelli Editore, 2001.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, 3a.º ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1987.
- Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1995.
- Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Oxford University Press, vol. 4, 1999.
- Carpio Marcos, Edgar, "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional", en *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005.

- _____, "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal constitucional", en AA. VV, *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- CARPIO MARCOS, Edgar y ETO Cruz, Gerardo, *El Control Constitucional de las Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano*, México, Edit. Fundap, 2004.
- Castañeda Otsu, Susana Ynés, "El Proceso de Acción Popular: Un análisis preliminar", en *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005.
- Castro Cruzait, Karin, "El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año XV, núm. 15, 2011.
- Cerri, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Milano, Giuffrè Edit., 2001.
- Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, vol. 6., 1999.
- Dau-Lin, Hsu, *Mutación de la constitución* (trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster), Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública.
- De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1999.
- Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, prólogo de Luis López Guerra, Valladolid, Lex Nova, 2001.

Donayre Montesinos, Christian, "En torno al Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional peruano: Antecedentes, derechos tutelados, procedimiento y tipos de Hábeas Corpus", en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, t. I, 2005.

Escobar Fornos, Iván, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

Eto Cruz, Gerardo, "¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?", en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, año 2, núm. 3, 2007.

_____, "Necesaria reforma (*overruling*) al precedente vinculante del proceso de cumplimiento: una evaluación a siete años de su vigencia", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 19, 2014.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998.

_____, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002.

Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Gidi, Antonio, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

Figueroa Mejía, Giovanni, *Estudios sobre control constitucional y convencional*, prólogo de Néstor Pedro Sagüés, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2020.

Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2001.

Garberí Llobregat, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Pamplona, Civitas, 2009.

—————, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Pamplona, Thomson Reuter, 2009.

García Belaunde, Domingo, *El Hábeas Corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979.

—————, "La interpretación constitucional como problema", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, t. II, 2005.

—————, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

—————, "Las sentencias constitucionales (la experiencia peruana de un quinquenio: 2001-2006)" en *Revista Judicial 2007*, Tacna, Corte Superior de Justicia de Tacna, 2007.

—————, "Los orígenes del precedente constitucional en el Perú", en *Anuario Peruano de Derecho Constitucional*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional/Instituto Pacífico, vol. I, 2021. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Teoría de la sentencia constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.

Grandéz Castro, Pedro, "Las peculiaridades del precedente constitucional en el Perú", en *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.

Häberle, Peter, "El Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional", en *Nueve Ensayos y una lección jubilar*, Lima, Palestra, 2004.

Hinostroza Pariachi, César, "El Hábeas Corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional", en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, t. I, 2005.

Landa, César, "El Hábeas Corpus en el nuevo Código Procesal constitucional peruano", en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, t. I, 2005.

Lipovetsky, Guilles y SERROY, Jean, *La cultura mundo. Respuesta a una sociedad desorientada* (trad. de Antonio–Prometeo Moya, Barcelona, Anagrama, 2010).

Martín De La Vega, Augusto, *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

—————, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Meléndez Sáenz, Jorge M., "Análisis del modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal constitucional", en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, t. I, 2005.

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Constituição e inconstitucionalidade*, 3a. ed., Coimbra, Coimbra Edit, t. II, 1996.

Montero Aroca, Juan, "Problemas generales de la ejecución forzosa", en *La ejecución civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1984.

Podetti, Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los Actos Procesales*, Buenos Aires, Ediar, t. II, 1955.

Rodríguez Santander, Roger, "El precedente constitucional en el Perú. 962 al precedente constitucional", Lima, Palestra, 2007.

Ruiz Riquero, José Humberto, *La teoría del precedente vinculante*, Lima, Grijley, 2021.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Honrad Adenauer Stiftung y AD-HOC, 2006.

—————, *La interpretación judicial de la constitución*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

19. Las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

Hermógenes Acosta de los Santos*

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Santo Domingo. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Magistrado del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2011-2021). Presidente y fundador del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional y Director de la Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional.

SUMARIO: A. Introducción. B. Estructura y funcionamiento del Tribunal Constitucional. I. Integración del Tribunal Constitucional dominicano y cuórum para deliberar. II. Competencia. III. Efectos de la sentencia en materia de control de constitucionalidad. IV. Autoridad de cosa juzgada de la sentencia en materia de control de constitucionalidad. C. Las sentencias en materia de control de constitucionalidad. I. Sentencias que puede dictar el Tribunal Constitucional de la República Dominicana. II. Sentencias estimatorias. III. Sentencias exhortativas. IV. Sentencias desestimatorias. V. Sentencias interpretativas. D. Bibliografía.

A. Introducción

Tradicionalmente los tribunales constitucionales han dictado dos tipos de sentencias en materias de control de constitucionalidad: las estimatorias (acogen la acción en inconstitucionalidad y anulan la norma cuestionada) y las desestimatorias (rechazan o declaran inadmisibile la acción en inconstitucionalidad y declaran compatible con la Constitución la norma cuestionada). Esta tradición se sustenta en la idea de que el tribunal constitucional es un legislador negativo, tesis sostenida por Hans Kelsen.

Sin embargo, en materia de sentencia la justicia constitucional ha tenido una evolución sorprendente, por lo que el paradigma kelseniano ha sido superado. Esta evolución tiene dos componentes, por una parte, en la clásica clasificación de sentencias (estimatorias y desestimatorias), se distinguen las estimatorias pura y simple, las desestimatorias pura y simple, la sentencia de inconstitucionalidad parcial, la sentencia de inconstitucionalidad sin invalidez, las sentencias exhortativas, la sentencia de inconstitucionalidad por omisión y la sentencia de inconstitucionalidad

parcial. Por otra parte, están las sentencias interpretativas, las cuales se clasifican en sentencia interpretativa *stricto* y sentencias interpretativas *lato sensu*.

Al partir de la premisa de que la experiencia de los tribunales constitucionales tiene sus particularidades en la materia, en esta investigación estudiaremos la práctica del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, con la finalidad de establecer los tipos de sentencias que puede dictar y ha dictado este Tribunal. Otro aspecto relevante que estudiaremos concierne a los efectos de las sentencias constitucionales y su modulación, aspectos en los que los sistemas también acusan particularidades.

En este orden, este ensayo comprende una primera parte que se ocupa del funcionamiento del Tribunal Constitucional Dominicano y de los efectos de las sentencias. En cambio, la segunda parte se dedica al estudio de las modalidades de sentencias que dicta este Tribunal.

B. Estructura y funcionamiento del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tiene una misión importantísima en un Estado social y democrático de Derecho, porque tiene facultad y medios para limitar los poderes tradicionales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) y los poderes fácticos (medios de comunicación, grupos económicos, locales e internacionales, entre otros). El ejercicio de esta facultad es imprescindible para el funcionamiento del orden constitucional, la eficacia de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales.

El funcionamiento del Tribunal Constitucional depende mucho de la estructura que hayan diseñado el constituyente y el legislador. Una estructura adecuada debe permitir que el Tribunal dicte sentencias de calidad y en plazo razonable. En esta parte del ensayo explicaremos

las razones por las cuales consideramos que el Tribunal Constitucional dominicano adolece de una estructura que le permita funcionar adecuadamente.

I. Integración del Tribunal Constitucional dominicano y cuórum para deliberar

El Tribunal Constitucional dominicano está integrado por trece jueces.¹ Para algunos autores la cantidad de jueces indicada es adecuada, porque, según ellos, los tribunales constitucionales europeos tienen una matrícula igual o superior.²

Respecto de esta cuestión, hemos sostenido que, para determinar la racionalidad del número de jueces del Tribunal Constitucional dominicano, debemos tomar como parámetro de comparación a los tribunales constitucionales del continente americano y no a los tribunales del continente europeo, porque los tribunales de este último continente tienen competencias que difieren de las que tienen nuestros tribunales, lo que se explica en el hecho de que funcionan en sociedades distintas. Así, algunos de nuestros tribunales revisan, a diferencia de lo que ocurre en Europa, las sentencias dictadas por el Juez de amparo y en el ejercicio de esta competencia conoce de los hechos de la causa, en la misma forma que lo hacen los tribunales ordinarios. Como se comprenderá, un tribunal ordinario funcionaría precariamente si está integrado por una matrícula tan alta como la que tiene el Tribunal Constitucional dominicano.³

¹ Artículo 186 de la Constitución.

² Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Santo Domingo, República Dominicana, IUSNOVUS, volumen I, 2013, pp. 504-505.

³ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, Santo Domingo, República Dominicana, Editora Búho, Universidad APEC, , 2010. p. 235. Véase Acosta de los Santos, Hermógenes, "Los defectos de orden normativo del sistema de justicia constitucional dominicano", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 3, núm. 3, julio de 2018, pp. 18-19. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, Editora Corripio/Tribunal Constitucional dominicano, 2020, pp. 38-39.

Por esta razón, se recomienda que nuestros tribunales deben estar integrados por un mínimo de cinco jueces y un máximo de once jueces.⁴ Lo contrario ocurre en Europa, donde los tribunales de países más grandes tienen una matrícula que oscila entre doce y dieciséis miembros.⁵

Hay dos elementos adicionales que complican la funcionalidad del Tribunal Constitucional dominicano. Me refiero a que el cuórum para deliberar y decidir es de nueve y el Tribunal no está dividido en Salas. Estos tres elementos obstaculizan el funcionamiento del Tribunal Constitucional y le impiden dictar sentencias en plazos razonables.⁶ Sin embargo, la referida estructura y, en particular, el cuórum, es defendida, en el entendido de que el Tribunal tiene competencia para anular una norma jurídica dictada por el Poder Legislativo que está integrado por más de doscientos legisladores.⁷

Si el Tribunal Constitucional sólo conociera del control de constitucionalidad pudiéramos estar de acuerdo con el argumento señalado, pero resulta que, como ya indicamos, el Tribunal tiene competencia para

⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Lima, Perú, Editora Paletta, 2006, pp. 198-199. Véase también Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, op. cit., p. 235. Véase Acosta de los Santos, Hermógenes, "Los defectos de orden normativo del sistema de justicia constitucional dominicano", op.cit., pp. 17-22. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 39.

⁵ El Tribunal Constitucional de Austria está integrado por doce jueces titulares y seis jueces suplentes; el Tribunal Constitucional Federal alemán por dieciséis jueces; el Tribunal Constitucional de Italia por quince jueces; el Consejo Constitucional francés por nueve, más los expresidentes, quienes pueden integrarse al órgano; el Tribunal Constitucional de España por doce jueces; el Tribunal Constitucional sistema de Portugal por trece jueces; el Tribunal Constitucional de Bélgica por doce jueces; el Tribunal Constitucional de Polonia por doce jueces y el Tribunal Constitucional de Turquía por quince jueces. Véase Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, (trad. Vicente Visallacampa), Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 1994, pp. 44, 63, 85, 102, 114, 127, 132, 137 y 143. Cfr. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 39.

⁶ Acosta de los Santos, Hermógenes, "Los defectos de orden normativo del sistema de justicia constitucional dominicano", op. cit., p. 23. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 41. Véase Rodríguez Gómez, Cristóbal, "Comentario al Título VII de la Constitución", en Villaverde Gómez, Carlos y Díaz, María Dolores, *Constitución Comentada*, Santo Domingo, República Dominicana, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJU), 2015, pp. 403-404.

⁷ Jorge Prats, Eduardo, op. cit., p. 510.

conocer, además de la materia señalada, e la revisión de las decisiones jurisdiccionales y el conflicto de competencia.

II. Competencia

El Tribunal Constitucional dominicano es competente para conocer las materias siguientes: a) acciones directas de inconstitucionalidad, b) control preventivo de los tratados internacionales, c) conflictos de competencia, d) revisión de sentencias dictadas en materia de amparo, e) revisión de sentencias dictadas en cualquier materia a condición de que hayan adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada y cumplan con los demás requisitos previstos en la ley, y f) cualquier otra materia que le asigne la ley.⁸ De las competencias indicadas, solo interesa para los fines de este trabajo las previstas para proteger la parte orgánica de la Constitución. A ella me refiero a continuación.

1. El control directo de constitucionalidad

En nuestro ordenamiento coexisten el modelo concentrado de control de constitucionalidad y el modelo difuso.⁹ De estos dos controles sólo abordaremos el primero.

El objeto de control de constitucionalidad es amplísimo, pues por esta vía puede cuestionarse no sólo la ley adjetiva, sino también los decretos, los reglamentos, las resoluciones y las ordenanzas,¹⁰ es decir, que el Tribunal Constitucional controla actos que normalmente se reservan a la jurisdicción constencioso-administrativa. Sin embargo, de manera pretoriana, se estableció que el control de los actos de alcance particular y que no tienen carácter normativo corresponden a esta última jurisdicción.¹¹

⁸ Artículos 185 y 277 de la Constitución dominicana, artículos 53 y 94 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales.

⁹ Artículos 185 y 188 de la Constitución.

¹⁰ Artículo 185 de la Constitución.

¹¹ Sentencia TC/0051/13, de fecha 19 de octubre, dictada por el Tribunal Constitucional.

Este precedente ha sido criticado por quienes consideran que el Tribunal Constitucional desconoció un mandato constitucional expreso.¹² Sin embargo, pensamos que mediante esta sentencia el Tribunal deslindó nítidamente el ámbito competencial de las señaladas jurisdicciones, con lo cual hizo un gran aporte al sistema.

En lo que concierne a la legitimación para accionar en inconstitucionalidad, están habilitados el Presidente de la República y una tercera parte de los diputados o una tercera parte de los senadores. Igualmente, están habilitadas las personas físicas o jurídicas, que demuestren un interés legítimo y jurídicamente protegido.¹³

Las dos modalidades anteriores son pacíficas, sin embargo, respecto de la legitimación de los particulares se mantiene un debate que data de 1994, año en que se reincorporó el control concentrado de constitucionalidad. Ciertamente, una parte de la doctrina reivindica la existencia de la acción popular, independientemente de lo que haya previsto el Constituyente, ignorándose, de esta manera, que es a éste a quien corresponde determinar la modalidad de legitimación que debe implementarse. Efectivamente, en la Constitución anterior se establecía que "cualquier parte interesada" podía accionar. A partir de esta expresión se construyó pretorianamente la acción popular.¹⁴

En la Constitución actual se establece que puede accionar en inconstitucionalidad "cualquier persona que tenga un interés legítimo y jurídicamente protegido". De la lectura de esta expresión se advierte claramente

¹² Jorge Prats, Eduardo, *op. cit.*, pp. 516-524.

¹³ Artículo 185 de la Constitución. Respecto de la legitimación de los órganos políticos, véase Acosta de los Santos, Hermógenes *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 258-260. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 66-67. Véase también Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, pp. 101-104. Revítese Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 746. Obsérvese Kelsen, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Editorial Comares, S.L., 2002, p. 63.

¹⁴ Véase Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 68-69.

la intención del legislador de condicionar esta modalidad de legitimación. Pero la claridad del texto comentado no ha sido óbice para que los partidarios de la acción popular insistan en la reivindicación de la acción popular.¹⁵ Producto de esta insistencia, el Tribunal Constitucional abandonó el precedente consolidado durante ocho años,¹⁶ el cual consistía en exigir a las personas físicas y morales que demostraran el interés legítimo y jurídicamente protegido. En cambio, en el nuevo precedente no se exige dicho requisito, sino que se presume, de manera que se acogió la tesis de la acción popular.¹⁷

Este último precedente desconoce la decisión tomada por la Asamblea Revisora de la Constitución, toda vez que según consta en el acta de la reunión celebrada por este órgano con fecha de 19 de octubre de 2009, la propuesta de que se condicionara la legitimación de los particulares a que demostraran un interés legítimo y jurídicamente protegido fue hecha por representantes de los partidos mayoritarios: El Partido de la Liberación Dominicana (PLD) y el Partido Revolucionario Dominicano (PRD), propuesta que fue apoyada por 99 de 114 asambleístas presentes.¹⁸ Una decisión política tan clara y evidente pudiera ser interpretada con flexibilidad por el Tribunal Constitucional para facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional, como, precisamente, fue interpretado durante sus primeros ocho años de funcionamiento. Lo que

¹⁵ Esta tesis es defendida por Jorge Prats, Eduardo, *op. cit.* pp. 526-532, y seguida por Medrano, Claudio Anibal, "El control abstracto de constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor y Jorge Prats, Eduardo (coord.), *VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional Dominicano*, tomo II, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC), Santo Domingo, República Dominicana, 2011, pp. 135-137; véase también a Valera Montero, Miguel A., *Reflexiones sobre el control abstracto de la constitucionalidad en la República Dominicana*, *op. cit.*, pp. 155-157; Rodríguez Gómez, Cristóbal, "Comentario al título VI de la Constitución", en *Constitución comentada*, Santo Domingo, República Dominicana, Fundación Institucionalidad y Justicia, 2015; y Reyes Torre, Amaury, "La amplitud del interés legítimo y jurídicamente protegido en la doctrina del Tribunal Constitucional y la justificación democrática para su ampliación", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 3, núm. 3, República Dominicana, 2018, pp. 270-271.

¹⁶ Véase sentencia TC/0114/13, de 4 de julio.

¹⁷ Véase sentencia TC/0345/19, de 16 de septiembre.

¹⁸ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, *op. cit.*, p. 71.

no es compatible con la esencia de una democracia representativa es desconocer dicha decisión política, presumiendo "el interés legítimo y jurídicamente protegido" e instaurando de manera pretoriana la acción popular.

2. El control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales

El control de los tratados internacionales se realiza en nuestro país de manera preventiva, a diferencia de lo que ocurre con el control concentrado de normas jurídicas que es *a posteriori*. Esta modalidad de control es la que prevalece en el derecho comparado.¹⁹

Controlar preventivamente los tratados internacionales tiene una gran importancia porque evita las dificultades que se generan en el ámbito de las relaciones internacionales cuando un tratado es declarado inconstitucional después de su vigencia. Otra importancia que tiene concierne a que si el tratado no es compatible con la Constitución el Estado tiene la oportunidad de renegociarlo o de adaptar la Constitución, en el supuesto de que el mismo revista un interés considerable y el vicio de constitucionalidad no sea muy grave.

No obstante, una parte de la doctrina nacional cuestiona esta modalidad de control de constitucionalidad, señalándose al respecto que el Tribunal Constitucional se limita a agotar un trámite administrativo carente de profundidad y, por otra parte, que el examen de constitucionalidad de un

¹⁹ Véase Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, op. cit., pp. 104-107. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., pp. 140-141. Pérez Tremps, Pablo, *Los Procesos Constitucionales. La Experiencia Española*, Lima, Perú, Editora Palestra, 2006, p. 91. Massó Garrote, Marcos Francisco, "El control previo de los tratados internacionales", en Ferrer Mac-Gregor y Jorge Prats (coords.), *VII Encuentro de Derecho Constitucional Procesal*, Santo Domingo, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC), 2011, tomo II, p. 500. Por último, véase Rodríguez, Cristóbal, op. cit., p. 401.

tratado internacional que no se ha implementado impide hacer un examen riguroso y exhaustivo.²⁰

La legitimación en esta modalidad de control de constitucionalidad es exclusiva del Presidente de la República, quien de manera preceptiva debe someter al Tribunal Constitucional el Tratado Internacional antes de requerir al Congreso Nacional su ratificación. Es importante destacar que no estamos en presencia de una acción en inconstitucionalidad, la cual supone un cuestionamiento a la norma, porque el Presidente de la República lo que hace es agotar un trámite administrativo, en cumplimiento de un mandato constitucional expreso.

De hecho, la práctica evidencia que el titular del Poder Ejecutivo en lugar de cuestionar el Tratado Internacional lo que hace es defenderlo. Esta aptitud es comprensible, porque no puede perderse de vista que el Presidente de la República es quien dirige la política internacional y, en esas funciones, es quien representa al país ante las demás naciones y los organismos internacionales, particularmente, a él le corresponde firmar esta clase de tratados. De manera que lo que sería un contrasentido es que quien firma un instrumento internacional, previo asesoramiento, luego le impute vicios de constitucionalidad. Si se diere este insólito caso, el Presidente de la República debería, al menos, admitir que cometió un error por mal asesoramiento, por no solicitar asesoría o por cualquiera otra razón.²¹

3. El conflicto de competencia

El conflicto de competencia es la disputa que se origina entre poderes públicos en la que se reivindica o se repudia una competencia asignada

²⁰ Valera Montero, Miguel, *Jurisprudencia Constitucional del Poder Judicial, (2009-2012)*, Santo Domingo, República Dominicana, Librería Jurídica Internacional, 2013, p. 867. Jorge Prats, Eduardo, *op. cit.*, p. 539. Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales, op. cit.*, pp. 141-147.

²¹ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales, op. cit.*, pp. 132-136. *Cfr.* Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 91.

por el Constituyente. Originalmente el conflicto de competencia sólo se configuraba entre los Poderes Públicos tradicionales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial), pero posteriormente se extendió a todos los órganos que integran la Administración Pública.²²

En el derecho comparado se advierten dos modalidades de conflictos: el positivo y el negativo. El primero se tipifica cuando dos entes públicos reclaman una misma competencia, el segundo cuando ambos la rechazan.²³ Del análisis de la normativa que regula el conflicto de competencia en nuestro país resulta que sólo fue previsto el positivo.²⁴

Efectivamente, el Tribunal Constitucional dominicano estableció que en nuestro sistema sólo fue previsto el conflicto positivo de competencia. Pero, posteriormente, este precedente fue modificado, con la finalidad de llenar el vacío normativo que acusa el ordenamiento en la materia. En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que además del conflicto de competencia positivo, también existe el negativo y el atípico.²⁵

Los elementos constitutivos de este proceso constitucional han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional, a partir de la interpretación de la normativa que rige la materia. Estos elementos son cuatro: debe existir un conflicto entre entes públicos, el objeto de la disputa debe ser una competencia o atribución consagrada en la Constitución, el conflicto debe ser planteado vía el titular del órgano que reclama la competencia

²² Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., pp. 150-151.

²³ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 152. Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., p. 247. Pérez Tremps, Pablo, op. cit., p. 107. Pérez Royo, Javier, op. cit., p. 754.

²⁴ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 154.

²⁵ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., pp. 181-183.

y el titular debe estar legitimado por la norma que establece el mecanismo de su elección o nombramiento.²⁶

A partir del análisis del segundo de los elementos constitutivos del conflicto, es decir, el relativo a que la competencia disputada debe estar prevista en la Constitución, se considera que esta garantía procesal supone un conflicto de carácter constitucional y, en consecuencia, se concluye que la misma es una modalidad de control de constitucionalidad. Compartimos esta tesis, porque si la competencia disputada o rechazada debe estar en la Constitución, el accionante que reivindica la competencia, conflicto positivo, imputa al demandando la violación del texto constitucional que consagra la competencia, conflicto positivo. Mientras que cuando se trate de un conflicto negativo, también se imputa una violación a la Constitución, pero no por acción sino por omisión.²⁷

III. Efectos de la sentencia en materia de control de constitucionalidad

Existen dos tesis respecto del momento a partir del cual la sentencia constitucional tiene efectividad. La primera plantea que la sentencia tiene efecto retroactivo (efectos *ex tunc*), en el entendido de que el vicio de inconstitucionalidad tuvo lugar en el momento en que la norma fue aprobada. Lo anterior supone que las relaciones jurídicas formalizadas al amparo de la disposición legal declarada inconstitucional quedarían sin efecto, generándose de esta manera un conflicto con el principio de seguridad jurídica y la protección de los derechos adquiridos. Mientras que la segunda plantea que la efectividad de la sentencia inicia en la fecha que en que ésta se notifica (efectos *ex tunc*), preservándose, de esta

²⁶ *Ibidem*, pp. 154-160.

²⁷ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 160-163. *Cfr.* Brewer-Carias, Alan, *op. cit.*, pp. 321-322. Nogueira Alacalá, Humberto, *op. cit.*, p. 247.

manera, la seguridad jurídica y los derechos adquiridos. El primer sistema es seguido por los Estados Unidos de América, pero ha sido considerablemente atemperado, en aras de salvaguardar los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. En cambio, el segundo se sigue en Europa.²⁸

En el ordenamiento jurídico dominicano se sigue este último sistema, según se desprende de la interpretación del artículo 110 de la Constitución y del artículo 48 de la Ley núm. 137-11. En el primero se consagra el principio de irretroactividad de la ley, principio que se aplica en la materia, si asimilamos la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en una modalidad de norma jurídica. El texto en cuestión establece que ningún poder puede alterar la seguridad jurídica y los derechos adquiridos al amparo de una ley anterior.

El texto constitucional que interpretamos establece una excepción al principio de irretroactividad, aplicable en materia penal, en la cual la ley puede tener efectos retroactivos cuando beneficia a la persona que está subjujice o cumpliendo condena. En torno a este aspecto, cabría preguntarnos: ¿aplica la retroactividad en materia procesal penal y en materia sustantiva penal? La pertinencia de esta pregunta radica en qué tanto la Suprema Corte de los Estados Unidos como el Tribunal Constitucional de España restringen la retroactividad a la materia penal sustantiva, en particular, cuando se trata de la reducción de la pena. Tal distinción no es válida en nuestro ordenamiento, porque el texto constitucional de referencia no distingue entre normas procesales y normas sustantivas.²⁹

En el segundo texto vinculado al tema analizado, el artículo 48 de la Ley núm. 137-11, se reitera el principio de irretroactividad, pero faculta al Tribunal Constitucional a modular retroactivamente los efectos de la sentencia. Aunque el legislador no condiciona la modulación retroactiva,

²⁸ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., pp. 116-117. Cfr. Jorge Prats, Eduardo, op. cit., pp. 563-565.

²⁹ Jorge Prats, Eduardo, op. cit., p. 567.

entendemos que la misma sólo sería constitucionalmente válida cuando beneficie a la persona o personas vinculadas al proceso, porque según el señalado artículo 110 de la Constitución la irretroactividad únicamente es válida cuando beneficia al que está subjuice o cumpliendo condena y por aplicación del principio de favorabilidad.³⁰

IV. Autoridad de cosa juzgada de la sentencia en materia de control de constitucionalidad

Generalmente, las sentencias que adquiere la autoridad de la cosa juzgada es la que acoge la acción en inconstitucionalidad, no así las que rechazan dicha acción.³¹

En nuestro sistema hay dos textos que se refieren al tipo de sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada en la materia: el 44 de la Ley núm. 137-11, según el cual las sentencias que denieguen la acción de inconstitucionalidad no adquieren este carácter, y el 45 de la misma ley, que establece que las sentencias que acogen la acción en inconstitucionalidad y anulan la norma cuestionada adquieren el carácter de la cosa juzgada.³²

A la sentencia que rechaza la acción en inconstitucionalidad no se le reconoce carácter de cosa juzgada, con la finalidad de garantizar que la jurisprudencia evolucione y se adapte a los cambios inexorables de la sociedad.³³ Esta cuestión reviste interés, porque, por una parte, una acción mal motivada o incoada por una persona que carece de legitimación debe ser declarada inadmisibile, eventualidad en la que el Tribunal no tiene oportunidad de determinar si la norma es o no compatible con la Cons-

³⁰ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 119.

³¹ Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, op. cit., pp. 175-180 y 277-278. Jorge Prats, Eduardo, op. cit., pp. 573-574.

³² Acosta de los Santos, Hermógenes, *El Tribunal Constitucional dominicano y los Procesos Constitucionales*, op. cit., p. 111.

³³ *Ibidem*, pp. 110-111.

titución. De manera que es útil dejar abierta la posibilidad de que dicha norma pueda ser cuestionada de nuevo. Por otra parte, una norma considerada constitucional por el Tribunal puede convertirse en inconstitucional con el paso del tiempo y debido a la evolución de la sociedad.

C. Las sentencias en materia de control de constitucionalidad

Esta segunda parte la dedicamos al estudio de las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional de la República Dominicana en procesos de control de constitucionalidad.

I. Sentencias que puede dictar el Tribunal Constitucional de la República Dominicana

En los últimos tiempos los Tribunales Constitucionales no se limitan a dictar sentencias acogiendo o rechazando la acción, sino que han desarrollado una variedad considerable de sentencias. En el caso dominicano, los artículos 46 y 47 de la Ley núm. 137-11 habilitan al Tribunal Constitucional a dictar las nuevas tipologías de sentencias. Efectivamente, en estos artículos se establece que:

Artículo 46.- Anulación de Disposiciones Conexas. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o disposición general declarará también la de cualquier precepto de la misma o de cualquier otra norma o disposición, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexidad, así como la de los actos de aplicación cuestionados.

Artículo 47.- Sentencias Interpretativas. El Tribunal Constitucional, en todos los casos que conozca, podrá dictar sentencias interpretativas de desestimación o rechazo que descartan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto impugnado, en la medida en que se interprete en el sentido de que el Tribunal Constitucional considera como ade-

cuado a la Constitución o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados. Párrafo I.- Del mismo modo dictará, cuando lo estime pertinente, sentencias que declaren expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte íntegramente a su texto. Párrafo II.- Las sentencias interpretativas pueden ser aditivas cuando se busca controlar las omisiones legislativas inconstitucionales entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto o cuando se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado. Párrafo III.- Adoptará, cuando lo considere necesario, sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada.

Amparado en estos textos el Tribunal Constitucional dominicano puede dictar una variedad ilimitada de sentencias. En el primero se prevé la sentencia que declara la inconstitucionalidad por conexidad, mientras que en el segundo se prevén las sentencias interpretativas. Sobre este texto, destacamos que en su último párrafo se consagra una cláusula abierta, en la que señala que el Tribunal puede dictar "[...] cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada." Basado en estos mandatos legales, el Tribunal Constitucional dominicano ha dictado las modalidades de sentencias que describo y explico en los párrafos que siguen.

II. Sentencias estimatorias

La sentencia es estimatoria cuando acoge la acción en inconstitucionalidad, declara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada y la anula. Esta modalidad de sentencia es la más frecuente. Pero, no siempre, la sentencia estimatoria anula la norma, porque hay ocasiones en que se establece la inconstitucionalidad sin anulación, con la finalidad de darle la oportunidad al legislador para que sustituya la norma inconstitucional por otra que sea compatible con la Constitución.

El Tribunal Constitucional dominicano puede, como indiqué, dictar cualquier modalidad de sentencia cuando conoce una acción en inconstitucionalidad, sin embargo, hasta la fecha cuando establece la inconstitucionalidad anula la norma cuestionada. Esta modalidad de sentencia puede subdividirse en las submodalidades siguientes: inconstitucionalidad por conexidad, inconstitucionalidad por omisión, inconstitucionalidad parcial, inconstitucionalidad con efectos retroactivos, inconstitucionalidad con efectos diferidos.

1. Inconstitucionalidad por conexidad

Ésta es una modalidad de sentencia estimatoria, mediante la cual el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una norma porque tiene conexidad con la norma objeto de la acción en inconstitucionalidad. Como se advierte, esta técnica permite declarar inconstitucional una norma distinta a la que constituye el objeto de la acción. Se trata de una excepción al principio de inmutabilidad del proceso, en la medida que se amplía el ámbito del objeto de la acción.

La competencia del Tribunal para dictar la inconstitucionalidad por conexidad está prevista en el artículo 46, cuyo contenido es el siguiente: "La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o disposición general declarará también la de cualquier precepto de la misma o de cualquier otra norma o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexidad, así como la de los actos de aplicación cuestionados".

Esta técnica es muy útil, porque no es razonable ni lógico que el Tribunal se abstenga de declarar inconstitucionalidad en normas que tienen un contenido similar a la que se declara inconstitucional. Si al analizar el contenido de la norma cuestionada se advierten que existen otras normas con idéntico contenido que la cuestionada, conviene que el Tribunal aproveche la ocasión y las expulse del sistema. De lo contrario, la referida norma inconstitucional permanecería en el ordenamiento hasta

que se incoe una nueva acción, lo que constituiría una inobservancia del principio de economía procesal.

Un ejemplo de inconstitucionalidad por conexidad es la sentencia TC/0339/14, de 22 de diciembre, en la cual se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 13 y 41 de la Ley núm. 2334 sobre registros de los actos civiles, judiciales y extrajudiciales de 20 de mayo de 1885 y en la cual el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

16.10. Por otro lado, este Tribunal ha identificado la existencia de una conexidad regulatoria entre los artículos 13, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32 y 42 de la referida Ley núm. 2334 - 1885, por estar configuradas en esos artículos disposiciones que buscan dotar de contenido, así como modular la ejecutoriedad de la tasa que está dispuesta en el artículo 13.16.11. En ese sentido, los artículos 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32 y 42 de la Ley núm. 2334- 1885 deben ser declarados nulos por conexidad en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley núm. 137-11, por devenir inconstitucionales.

2. Inconstitucionalidad por omisión

En esta modalidad de sentencia estimatoria se declara la inconstitucionalidad porque el legislador dictó una norma defectuosa, normalmente afectando el principio de igualdad, lo cual se configura en materia de derechos fundamentales, por ejemplo, cuando no se incluye entre los beneficiarios a un sector de la sociedad que tiene las mismas características de los sectores sociales que fueron tomados en cuenta, configurándose de esta forma una inconstitucionalidad por omisión relativa. En otros casos, la inconstitucionalidad por omisión se tipifica porque el legislador no cumple con un mandato constitucional que le ordena regular una determinada materia, hipótesis en la cual la omisión es absoluta.³⁴

³⁴ La clasificación de las omisiones legislativas fue un aporte de Wessel. Véase al respecto: Fernández Segado, Francisco, *La Evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2015, pp. 1030-1033.

La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión tiene su base en el artículo 36 de la Ley núm. 137-11, cuyo contenido es el siguiente: "La acción directa de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan por acción u omisión, alguna norma sustantiva".

Es pertinente destacar que como la causa de la infracción constitucional es una inacción y no una acción, el dispositivo de esta sentencia tiene un contenido distinto al usual de las sentencias estimatorias y, además, dependerá del tipo de omisión que se tipifique, es decir, si se trata de una omisión absoluta o parcial.³⁵ Cuando la omisión es absoluta el Tribunal establece la inconstitucionalidad por omisión y ordena al Poder Legislativo que cumpla en un plazo razonable con el mandato constitucional inobservado. En cambio, cuando se trata de una omisión parcial, el Tribunal establece la inconstitucionalidad por omisión y suple el defecto que tiene la disposición cuestionada.

Un ejemplo de inconstitucionalidad por omisión absoluta es la sentencia TC/0113/21, de 20 de enero, en la que el Tribunal estableció que:

10.2.15. Este Tribunal Constitucional, en pleno ejercicio de su función establecida en los artículos 6 y 184 de la Constitución y 36 de la referida Ley 137-11, de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, al tiempo que reconoce las facultades que la Constitución establece en el Congreso Nacional, como poder independiente y soberano; considera que el legislador ordinario ha sobrepasado el tiempo suficiente, razonable y prudente para dictar las leyes reservadas en los artículos 203, 210 y 272, lo que ha derivado en la configuración de una omisión legislativa

³⁵ La omisión es absoluta y se configura cuando el legislador incumple un mandato constitucional que le ordena dictar una ley para regular una materia determinada. En cambio, es parcial, cuando dicta la norma, pero la misma es defectuosa, porque, por ejemplo, discrimina a una persona o grupos de personas.

absoluta, por incumplimiento del mandato constitucional, lo que ha privado a los ciudadanos del derecho de ser consultados en sus opiniones previo a la toma de grandes decisiones nacionales.

10.2.16. Por todo lo antes expuesto, este Tribunal considera que el Congreso Nacional no ha observado el mandato del constituyente en cuanto al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 6 de la Constitución, pues a la fecha, transcurrido once (11) años de ser proclamada, no se ha cumplido con el mandato supremo contenido en los artículos 203, 210 y 272 ni con el mandato constitucional de dotar al país de la legislación necesaria que debe desarrollarse para contribuir a hacer aplicable el contenido de la Constitución.

De la lectura de los párrafos transcritos, queda claramente establecido que el legislador no cumplió con tres mandatos constitucionales, en los cuales el Constituyente le ordenaba dictar leyes en diferentes materias, a pesar de que al momento en que se dictó la referida sentencia habían transcurrido once años de la fecha del mandato. Así, el Tribunal consideró que el tiempo transcurrido entre los mandatos constitucionales y la fecha de la sentencia era suficiente para que el legislador cumpliera con el mismo y en ausencia de cumplimiento se tipificó una violación a la Constitución por omisión absoluta.

Me parece oportuno destacar que los mandatos constitucionales de referencia ordenaban al legislador regular leyes que abordaban materias de mucha trascendencia para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia. En efecto, mediante el artículo 203 el constituyente ordenaba al legislador regular lo relativo al ejercicio del referendo, el plebiscito y la iniciativa normativa municipal; mediante el artículo 210 las consultas populares a partir de referendo y a través del artículo 272 el referendo aprobatorio de la reforma constitucional, cuando dicha reforma se refiriera a las materias indicadas por el Constituyente.³⁶

³⁶ Según el artículo 272 de la Constitución, la reforma constitucional debe ser ratificada por el pueblo mediante referendo, cuando dicha reforma se refiera a las materias siguientes: derechos,

3. Inconstitucionalidad con efectos diferidos y exhortación

En esta modalidad de sentencia, el Tribunal Constitucional acoge la acción en inconstitucionalidad e invita al Poder Legislativo a dictar una nueva norma que no tenga el vicio de inconstitucionalidad advertido. Generalmente se concede un plazo razonable para que el legislador cumpla con la exhortación. En algunos casos, el Tribunal establece que si el legislador no dicta la nueva norma, el vicio que dio origen a la inconstitucionalidad se considerará eliminado y la norma depurada entra en vigencia.

En la sentencia TC/0110/13, de 4 de julio, se declara inconstitucional la Resolución 14379-05, dictada por la Procuraduría General de la República, el 11 de noviembre. Mediante esta norma se exigía que los alguaciles estuvieran acompañados de la fuerza pública cuando realizaran medidas conservatorias y ejecutorias. El Tribunal entendió que la materia indicada debía ser regulada mediante ley y que al hacerse por resolución administrativa se violó el principio de reserva de ley.

No obstante, el Tribunal pospuso la efectividad de la inconstitucionalidad por dos años, y exhortó al legislador a que dictara en dicho plazo una ley que regulara la materia, con la advertencia de que si el legislador no cumplía, la resolución de referencia quedaría anulada con todos sus efectos.

4. Inconstitucionalidad parcial

Esta inconstitucionalidad se circunscribe sólo a una parte de la norma cuestionada, en el entendido de que el resto de la misma es compatible

garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución.

con la Constitución. En este sentido, la norma cuestionada se mantiene en el ordenamiento, sin la parte que ha sido considerada inconstitucional.

Generalmente, las acciones en inconstitucionalidad se interponen contra un artículo o varios artículos de la ley, de manera que los artículos no cuestionados mantienen su vigencia, así como los cuestionados y no declarados inconstitucionales.

Es tan obvia la facultad de un Tribunal Constitucional para dictar dichas sentencias parciales en esta materia, que no parece necesario que exista un texto legal que lo habilite. Sin embargo, el legislador dominicano previó la situación, estableciendo en el párrafo I del artículo 47 de la Ley 137-11 que el Tribunal Constitucional "[...] dictará, cuando lo estime pertinente, sentencias que declaren expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte íntegramente a su texto".

Las sentencias parciales pueden consistir en declarar inconstitucional uno o algunos de los artículos cuestionados de una ley o un ordinal de una resolución municipal; pero también puede consistir en declarar inconstitucional una parte de un artículo. Un ejemplo de sentencia constitucional parcial es la TC/0139/18, de 17 de julio, en la que el Tribunal Constitucional dominicano reitera el criterio establecido en la sentencia TC/0456/15, de 3 de noviembre.

Efectivamente, mediante la sentencia indicada se conoció una acción en inconstitucionalidad incoada contra las Resoluciones 46/99, de 12 de marzo, 06/2004, de 14 de enero, y 88/2005, de 02 de junio, dictada por el Concejo de Regidores del Ayuntamiento del Distrito Nacional, y el Tribunal Constitucional decidió lo siguiente:

TERCERO: ACOGER, de manera parcial, en cuanto al fondo, la citada acción directa de inconstitucionalidad contra los artículos 25 y 26, literales a), c) y d), de la Resolución núm. 46/99, del

doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999) y la Resolución núm.6/2004, del catorce (14) de enero de dos mil cuatro (2004), ambas dictadas por el Concejo de Regidores del Ayuntamiento del Distrito Nacional, y DECLARAR no conforme a la Constitución de la República tales cuerpos normativos por violar el artículo 200 de la Carta Sustantiva, por los motivos precedentemente expuestos.

Las indicadas resoluciones regulan la publicidad exterior y en ella se establecen, por una parte, requisitos que impidan que el establecimiento de dicha publicidad contaminara el medio ambiente y, en particular, que produzca contaminación visual y, por otra parte, se estableció una tasa que debían pagar las empresas y dueños de negocios que colocaran la publicidad en el interior de su establecimiento. El primer aspecto regulador en la resolución fue declarado compatible con la Constitución. No así, el segundo, en el entendido de que el establecimiento de tasas por parte de la autoridad municipal sólo se justifica cuando se afecte un bien público municipal o cuando la autoridad municipal preste un servicio, condiciones que no se cumplen cuando una persona, física o moral, coloca la publicidad en el ámbito de una propiedad privada.³⁷

5. Inconstitucionalidad con efectos retroactivos

Cuando abordamos la cuestión relativa a la modulación de la sentencia, explicamos que en la Constitución se consagra el principio de irretroactividad y que la sentencia sólo tendría efectos retroactivos cuando se

³⁷ Copio a continuación el argumento desarrollado por el Tribunal Constitucional para justificar la inconstitucionalidad parcial: 10.2.13. En efecto, a pesar de que la finalidad de la creación del tributo implementado en los artículos 25 y 26, literales a), c) y d) de la Resolución núm. 46/99 y modificados por la Resolución núm. 6/2004, sea la de salvaguardar el ornato de la vía pública municipal frente a la intensa, masiva y constante demanda de publicidad comercial y política en el Distrito Nacional, su núcleo va más allá de lo que le permite la norma constitucional en su artículo 200 y los artículos 279 y 283 de la Ley núm. 176-07, cuando grava el establecimiento de publicidad exterior en bienes de dominio privado con un arbitrio que no conlleva contraprestación alguna, ni el uso de un bien del dominio público-municipal.

beneficie a una persona que estuviere *sub judice* o cumpliendo condena. Mientras que el legislador facultó al Tribunal Constitucional a modular de manera retroactiva los efectos de la sentencia.

Un ejemplo de modulación retroactiva de los efectos de la sentencia implementada en beneficio de la persona lo constituye la sentencia TC/0033/13, de 15 de agosto, en la cual se declara inconstitucional una disposición en materia tributaria que aumentaba en un 50% el impuesto sucesoral, por el simple hecho de que el contribuyente residiera fuera del país. El Tribunal no sólo anuló la norma, sino que, además, ordenó a la Administración Tributaria a devolver los impuestos pagados con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad. Mediante esta sentencia, como se aprecia, el Tribunal dejó sin efecto una relación jurídica, pago de impuesto, consolidada antes de declarar inconstitucional la disposición legal de referencia.

III. Sentencias exhortativas

Mediante esta modalidad de sentencia, el Tribunal establece, en algunos casos, la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, difiere los efectos y concede un plazo al legislador para que tenga tiempo y apruebe dictar la nueva norma. Igualmente, la exhortación puede referirse a que dicte una norma que es ajena a la que se está cuestionando. Aquí únicamente me referiré a la última variante, porque la primera fue estudiada en el apartado dedicado a las sentencias estimatorias.

En efecto, el Tribunal Constitucional dominicano ha dictado sentencia que no tienen relación con el objeto de la acción en inconstitucionalidad que conoce. Un ejemplo de esta práctica lo constituye la sentencia TC/0113/21, de fecha 20 de enero, en la que estableció lo siguiente:

10.2.18. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera propicia la ocasión para exhortar, así mismo, al Congreso Nacional, a que proceda a la elaboración y emisión de otras normas de parte

del Congreso Nacional, respecto de las que también el constituyente ha previsto una reserva de ley. Tal es el caso de la ley concerniente al régimen de adquisición y transferencia de la propiedad inmobiliaria en la zona fronteriza (artículo 10 numeral 2 de la Constitución); ley sobre el Sistema Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (artículo 42, numeral 2); de libertad de expresión y difusión del pensamiento (artículo 49 numerales 1, 2, 3, 4 y 5); ley de estímulo y motivación al deporte, la atención integral a los deportistas y el apoyo al deporte de alta competición (artículo 65, numeral 2); sobre concesión de indultos por parte del Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado (artículo 128, numeral 1-J); la ley orgánica de delimitación ¿territorial? (artículo 195); la ley relativa a la región, cuya finalidad es la de definir lo relativo a sus competencias, composición, organización y funcionamiento de éstas, así como el número de estas (artículo 196), y finalmente, la ley concerniente a los sistemas de inteligencia del Estado (artículo 261); sin exclusión de cualquier otra norma respecto de la que exista una reserva de ley en la Constitución y que a la fecha no haya sido dictada.

En el presente caso, se trató de una acción en inconstitucionalidad por omisión, cuyo objeto no eran los textos constitucionales que se señalan en el párrafo anterior, sino los artículos 203, 210 y 272. En dicha sentencia se estableció la inconstitucionalidad por omisión de estos tres textos, porque no se cumplió con los mandatos consagrados en los mismos. Pero el Tribunal aprovechó la ocasión para exhortar al legislador a que cumpliera con los mandatos constitucionales previstos en los artículos 10.2, 42.2, 49, 65.2, 128, 196 y 261, sin declarar la inconstitucionalidad por omisión.

IV. Sentencia desestimatoria

Mediante esta modalidad de sentencia, el Tribunal rechaza la acción en inconstitucionalidad, cuando considera que la norma cuestionada no adolece de vicios. Pero, también puede ocurrir que la acción sea declarada

inadmisible, por defectos procesales, como puede ser la carencia de legitimación del accionante, deficiencia de motivación de la instancia contentiva de la acción en inconstitucionalidad y la carencia de objeto o porque la norma que se pretende anular no puede ser cuestionada por la vía de la acción en inconstitucionalidad.

V. Sentencias interpretativas

Las sentencias interpretativas se clasifican en interpretativas *stricto sensu* e interpretativas *lato sensu*. A estas últimas pertenecen sentencias manipulativas o atípicas, las cuales pueden ser sustitutivas, reductoras o adictivas. En los párrafos que siguen me refiero a cada una de estas sentencias.

1. Sentencia interpretativa *stricto sensu*

En esta modalidad de sentencia el Tribunal Constitucional establece la manera en que la disposición legal cuestionada debe interpretarse para que sea compatible con la Constitución. También puede establecer la interpretación que considera inconstitucional.

2. Sentencias interpretativas *lato sensu*

A esta tipología de sentencia corresponde, como ya indicamos, la sentencia sustitutiva, reductora y adictiva. A ellas me refiero a continuación.

a. Sentencia interpretativa sustitutiva

Mediante esta modalidad de sentencia la norma no es declarada inconstitucional, sino que se sustituyen las palabras o expresiones contrarias a la Constitución por otras que sean compatibles con la Carta Sustantiva.

De esta manera el Tribunal Constitucional preserva la norma en el ordenamiento, lo cual se corresponde con el principio de presunción de constitucionalidad de la norma dictada por una autoridad competente.

Por otra parte, hay que destacar que cuando el Tribunal dicta este tipo de sentencia colabora con el órgano que dictó la norma cuestionada.

En la sentencia TC/365/21, el Tribunal Constitucional dominicano aplicó esta técnica. Copio a continuación lo establecido por éste respecto de la pertinencia de la sentencia interpretativa en el presente caso:

9.16. Es por ello que, no obstante dejar establecido que la razonabilidad de la norma se justifica legítimamente en el gravísimo potencial que implican las sustancias contenidas en la norma impugnada (artículo 7 de la Ley núm. 50-88), es preciso que este tribunal constitucional emita una sentencia interpretativa a fin de evitar que el defecto normativo precedentemente advertido desvirtúe los fines que la misma procura. Esta facultad que ha sido legalmente otorgada a este órgano para trazar el criterio interpretativo constitucionalmente adecuado tiene como propósito garantizar la permanencia de una determinada norma en nuestro ordenamiento jurídico, a condición de que sea interpretada en el sentido que a la misma se le ha conferido y, de esa forma, no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando que el mantenimiento de la norma impugnada pueda lesionar la primacía de la Constitución.

En el presente caso la acción en inconstitucionalidad tenía como objeto el artículo 7 de la Ley núm. 50-58 sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana, de fecha 30 de mayo, en el cual se establece que: "Cuando se trate de LSD o cualquier otra sustancia alucinógena, lo mismo que el opio y sus derivados, en la cantidad que fuere, se clasificará a la persona o a las personas procesadas como traficantes".

El Tribunal consideró que el referido texto adolecía de un defecto normativo, que consideraba como narcotraficante a una persona tomando en cuenta el grado de nocividad de la droga ocupada y no la cantidad que poseía de la sustancia. Sostuvo el Tribunal que el grado de nocividad

debía ser un criterio para determinar la gravedad de la pena, no a así para tipificar el delito.³⁸

En este sentido, para lograr la preservación de la norma, el Tribunal estableció que el texto de referencia debía tener el contenido siguiente: "Cuando se trate de LSD o cualquier otra sustancia alucinógena, lo mismo que el opio y sus derivados, en la cantidad que fuera, se sancionará a la persona o a las personas procesadas con la misma escala de penas previstas para los traficantes".

Como se aprecia, la diferencia que acusa el contenido transcrito con el contenido original es que a la persona que posee la referida sustancia no se le clasifica como narcotraficante, aunque sí se le aplica la sanción prevista para esta infracción, es decir, que se cambió la expresión "se clasificará a la persona o las personas procesadas como narcotraficantes", por la expresión "se sancionará a la persona o a las personas procesadas con la misma escala de penas previstas para los traficantes".

Considero, sin embargo, que con el cambio de la expresión indicada no se resolvió lo esencial del vicio de inconstitucionalidad advertido, pues si bien en adelante la persona a la cual se le ocupe cualquier cantidad de las sustancias señaladas no se considerará como narcotraficante, también es cierto que recibirán la sanción prevista para este tipo de infracción. Aplicar la pena prevista para un traficante a una persona que posea una ínfima cantidad de la referida sustancia viola el principio de proporcionalidad de la pena.

b. Sentencia interpretativa reductora

Esta modalidad de sentencia permite al Tribunal Constitucional eliminar la parte de la norma que la hace inconstitucional y de esta forma se evita

³⁸ Véanse los párrafos 9.14 y 5.15 de la sentencia TC/0365/17, de 11 de julio.

expulsarla del ordenamiento. Un ejemplo de sentencia reductora es la TC/0001/15, de 28 de enero, en la cual se estableció lo siguiente:

9.3.9. Al resultar inconstitucional sólo una parte, y no el texto íntegro del precitado artículo 35, procede adoptar —como ha realizado este Tribunal en situaciones análogas— una sentencia reductora, esto es, una decisión que "ordena una restricción o acortamiento de la 'extensión' del contenido de la ley impugnada", declarando así la nulidad de la previsión excesiva para que la disposición legal sea conforme a la Constitución (Sentencias TC/0266/13: 9.2.9 y TC/0093/12: 9.3.5). Esta modalidad de sentencia puede ser adoptada por este Tribunal Constitucional, en virtud de la remisión a la práctica constitucional comparada que dispone el párrafo III del artículo 47 de la Ley No. 137-11. Por tales motivos, la declaratoria de nulidad, en el presente caso, se hace exclusivamente a la expresión del artículo 35 de la Ley No. 14-04, que señala: "las personas naturales o jurídicas autorizadas para hacer auditorías e investigaciones especiales en el sector público".

Esta sentencia reductora fue dictada con ocasión de una acción en inconstitucionalidad que tenía como objeto los artículos 32³⁹ y 35⁴⁰ de

³⁹ Artículo 32.- Auditoría por firmas privadas. Las instituciones y organismos del Estado sólo podrán contratar firmas privadas seleccionadas mediante concurso que asegure la publicidad, competencia y transparencia, para ejecutar las auditorías externas de sus operaciones, previa autorización expresa de la Cámara de Cuentas, sin perjuicio de sus facultades constitucionales de control, en los casos siguientes: 1) Cuando no estén incluidas en el plan anual de auditoría preparado por la Cámara de Cuentas o no sea posible realizar la auditoría demandada, por carencia de recursos humanos y logísticos; 2) Cuando la Cámara de Cuentas, por la complejidad del asunto, no disponga de personal especializado para llevarla a cabo; 3) Cuando así lo determinen de manera expresa convenios internacionales. Párrafo.- El costo de la contratación y prestación de servicios de auditoría quedará a cargo de la entidad a ser auditada, de acuerdo con los reglamentos y normativas que la Cámara de Cuentas disponga al efecto.

⁴⁰ Artículo 35.- Ejecución. En base a los resultados de la planificación, la Cámara de Cuentas y las personas naturales o jurídicas autorizadas para efectuar auditorías e investigaciones especiales en el sector público, recabarán las evidencias con la cantidad y calidad necesarias para sustentar sus opiniones, observaciones, conclusiones y recomendaciones, así como los hechos que den origen al establecimiento de responsabilidades. Cuando sea necesario, el personal de auditoría recibirá la asistencia y asesoría de especialistas en la materia de que se trate. Las evidencias recopiladas, una vez finalizada la auditoría o investigación especial, deberá permanecer en los archivos de la Cámara de

la Ley núm. 10-04, de 20 de enero, que regula la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, órgano constitucional designado por el Senado de la República y que tiene como misión fiscalizar la administración de los fondos públicos. Ambos textos se refieren a la contratación de auditores privados por parte del Banco Central de la República Dominicana. En el primero de los textos se establece que las empresas de auditores contratadas deben estar aprobadas por el referido órgano constitucional y una parte del segundo texto asimila la auditoría privada a la auditoría pública.

El Banco Central de la República Dominicana considera que los textos que nos ocupan son inconstitucionales porque violan su autonomía. El primero de ellos fue declarado inconstitucional,⁴¹ mientras que en cuanto al segundo sólo fue declarada inconstitucional una parte, como ya se indicó, y se preservó el resto de la disposición por ser compatible con la Constitución.

c. Sentencia interpretativa aditiva

Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional realiza una operación inversa a la que realiza cuando dicta una sentencia reductora, porque en

Cuentas, a cargo de la unidad responsable de su administración y custodia, conforme las disposiciones que el presidente de la Cámara de Cuentas emita al efecto.

⁴¹ A continuación, el fundamento desarrollado por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley núm. 10-04. 9.3.6: Este Tribunal advierte que resulta contrario al principio de separación de poderes exigir a los poderes públicos y órganos constitucionales que obtengan una autorización de la Cámara de Cuentas para poder contratar firmas privadas que auditen su gestión. Esta exigencia, contenida en el artículo 32 de la Ley No. 10-04, constituye una afectación de dependencia, ya que impide a los poderes y órganos ejercer de manera autónoma las competencias instrumentales de evaluación y control del desempeño o de resultados, conforme se planteó en el Tribunal Constitucional de República Dominicana, con Sentencia TC/0001/15, expediente TC-01-2005-0005, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por el Banco Central de la República Dominicana contra los artículos 32 y 35 de la Ley No. 10-04, del veinte (20) de enero de dos mil cuatro (2004), sobre la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, página 28 de 45, con fundamento 9.1.8 de esta sentencia, y este defecto afecta la validez del texto legal en su totalidad. Justamente, al ser la Cámara de Cuentas el órgano público competente para realizar el control fiscal externo del Estado, el legislador no puede disponer que las instituciones públicas deban procurar su previo consentimiento o autorización para contratar firmas privadas que evalúen externamente las operaciones que realicen y, a consecuencia de los resultados, adoptar las medidas.

lugar de eliminar la parte de la norma que colide con la Constitución, le agrega un nuevo contenido para que sea compatible con ella.

Un ejemplo de sentencia aditiva es la TC/0161/13, de 12 de septiembre, relativa a una acción en inconstitucionalidad incoada contra la Resolución núm. 080-09 dictada el 11 de agosto por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), mediante la cual se establece la cuota que deben pagar los usuarios del servicio telefónico por concepto de la implementación de la portabilidad numérica llevada a cabo por las compañías prestadoras del servicio telefónico. El Tribunal Constitucional consideró que el ordinal primero de dicha resolución era contrario al principio de racionalidad y, en consecuencia, inconstitucional, porque exigía el pago de dicha cuota a todos los clientes, sin distinguir entre los que hacían uso del servicio y los que no hacían uso de dicho servicio.⁴²

Como se aprecia, la objeción constitucional hecha por el tribunal se circunscribe al cobro generalizado de la cuota, de manera más específica, la irracionalidad consistía en exigir el pago de la cuota a quienes no recibían el servicio. El resto de la disposición no era contraria a la Constitución. Por esta razón no se declaró inconstitucional la disposición, sino que se optó por dictar una sentencia adictiva.⁴³

⁴² 10.9. De todo lo anterior resulta que el derecho a la portabilidad numérica conlleva a un cargo generalizado que se aplicará por igual a todos los usuarios de las telefonías, tanto móvil como fija, y sin importar que hagan uso o no de ese servicio, cuando lo correcto es que las empresas telefónicas, por un lado asuman estos costos como parte de los gastos de adquisición de clientes nuevos, y por el otro, teniendo claro que la portabilidad no sólo beneficia al consumidor del servicio, por cuanto ello tiene por efecto la dinamización de la competencia, de ahí que las empresas tendrán que dar mejor servicio y deberán hacer todo lo posible por mantener sus clientes y atraer a otros. Por tanto no es razonable que el cargo de la portabilidad tan sólo deba ser asumida por la generalidad de los usuarios, independientemente de que opten o no por hacer uso del servicio a la portabilidad numérica.

⁴³ 10.10. Es por ello que la resolución atacada deviene en inconstitucional, por cuanto omite referirse exclusivamente a los "usuarios que opten por el servicio de portabilidad numérica". De ahí la necesidad de dictar una sentencia integradora o aditiva, que es aquella que declara la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la resolución impugnada para que esta fuera constitucional. En consecuencia, este tribunal constitucional no anulará la disposición acusada, pero le agregará un contenido que la hará constitucional, en aplicación de lo establecido en el párrafo II del artículo 47 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Consti-

El contenido original del ordinal primero de la resolución cuestionada era el siguiente:

PRIMERO: DISPONER que la cuota regulatoria a pagar por cada usuario para la recuperación de la inversión en capital fijo que deben realizar las prestadoras de servicios de telefonía para la implementación de la portabilidad numérica en República Dominicana queda establecida en la suma de OCHENTA PESOS DOMINICANOS CON 00/100 (RD\$80.00).

Este contenido fue modificado por el Tribunal Constitucional, para que en lo adelante tuviera la redacción siguiente:

PRIMERO: DISPONER que la cuota regulatoria a pagar por cada usuario que opte por el servicio de portabilidad numérica, el cual estará destinado para la recuperación de la inversión en capital fijo que deben realizar las prestadoras de servicios de telefonía para la implementación de la portabilidad numérica en República Dominicana, queda establecida en la suma de ochenta pesos dominicanos con 00/100 (RD\$80.00).

Básicamente, la expresión que agregé fue la siguiente: "que opte por el servicio". Al agregarse dicha expresión el servicio de referencia sería pagado por quienes hicieran uso de él, no así, por aquellos que no lo usaran, logrando de esta forma la finalidad buscada por el accionante.

D. Bibliografía

Acosta de los Santos, Hermógenes "El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución", Editora Buho, Universidad APEC, 2010.

tucional y de los Procedimientos Constitucionales, el cual dispone que: Las sentencias interpretativas pueden ser aditivas cuando se busca controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto o cuando se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado.

_____, "Los defectos de orden normativos del sistema de justicia constitucional dominicano", *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 3, núm. 3, julio de 2018.

Brewer-Carías, Alan: "El control de constitucionalidad de los actos dictados en ejecución directa de la Constitución", en *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 3, núm. 3, julio de 2018.

Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales* (Vicente Visallacampa, trad.), Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 1994.

Fernández Segado, Francisco, *La Evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2015.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, entrevista realizada por Lino Vasquez Samuel, en *Revista Reforma Judicial*, año 2, núm. 4, octubre 2010, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, República Dominicana.

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Santo Domingo, República Dominicana, Editora Buho, vol. I, IUSNOVO, 2013.

Kelsen, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Editorial Comares, S.L., 2002.

Massó Garrote, Marcos Francisco, "El Control Previo de los Tratados Internacionales", en Ferrer Mac-Gregor y Jorge Prats, (coords.), VII Encuentro de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC), tomo II, 2011.

Medrano, Claudio, "El Control Abstracto de Constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor y Jorge Prats, (coords.), VII Encuentro de Derecho

Procesal Constitucional, Santo Domingo, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC), tomo II, 2011.

Nogueira Alcalá, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Lima, Perú, Editora Paletra, 2006.

Pegoraro, Lucio, La Justicia Constitucional Una perspectiva comparada, Madrid, Editorial Dikilson, 2004.

Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Pérez Tremps, Pablo, Los Procesos Constitucionales, La Experiencia Española, Editora Palestra, Lima, Perú, 2006

Reyes, Amaury, "La Amplitud del interés legítimo y jurídicamente protegido en la doctrina del Tribunal Constitucional y la justificación democrática para su ampliación, en Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, año 3, núm. 3, julio de 2018.

Rodríguez Gómez, Cristóbal, "Comentario al Título VI de la Constitución", en Constitución Comentada, Santo Domingo, República Dominicana, Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJU), 2015.

Valera Montero Miguel, "Reflexiones sobre el Control Abstracto de Constitucionalidad en la República Dominicana, en Ferrer MacGregor y Jorge Prats, (coords.), VII Encuentro de Derecho Procesal Constitucional, Santo Domingo, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (IIDPC), tomo II, 2011.

_____, Jurisprudencia Constitucional del Poder Judicial, (2009-2012), Santo Domingo, República Dominicana, Librería Jurídica Internacional, 2013.

20. Las sentencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay

Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio*

* Director General del Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay. Investigador (A) Nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores de la ANII de Uruguay. Profesor extraordinario e investigador asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Presidente de la Sección Uruguay del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Miembro del Consejo Asesor. Miembro de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Constitucional.

SUMARIO: A. Composición de la Suprema Corte de Justicia. B. Competencias de la Suprema Corte de Justicia en relación con el control de constitucional de los actos legislativos. C. Tipos de sentencias constitucionales que la Constitución, la legislación o la jurisprudencia señala que puede expedir la Suprema Corte de Justicia al resolver mecanismos de control constitucional. D. Tipología de sentencias constitucionales que suele emitir la SCJ. E. Algunos ejemplos de asuntos resueltos por la SCJ de Uruguay que permiten comprender los tipos de sentencias constitucionales. F. Efectos de las sentencias constitucionales. G. Conclusiones. H. Fuentes de consulta.

A. Composición de la Suprema Corte de Justicia

1. En Uruguay, el órgano constitucional jerarca¹ del Poder Judicial es, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1934, la Suprema Corte de Justicia (en adelante, SCJ).²

No existe un órgano formalmente denominado Tribunal Constitucional,³ pero la SCJ tiene atribuidas algunas competencias que son propias de los así llamados tribunales constitucionales.

¹ En el sentido que establece el artículo 239 constitucional: le "[...] corresponde: [...] 2º Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial". Obviamente que no es jerarca en lo que atañe al ejercicio de la función jurisdiccional, a cuyo respecto los jueces y miembros de los tribunales pluripersonales gozan de plena independencia (Ley 15.750, de 24-VI-1985, artículo 84, inciso 1º). Téngase presente que, en Uruguay, no existe un Ministerio de Justicia con tal denominación.

² La primera Constitución rígida del Estado uruguayo, que entró en vigor el 18 de julio de 1830, previó en esa calidad una Alta Corte de Justicia, la que recién fue instituida por la Ley 3.246, de 28-X-1907, conocida después de la reforma constitucional de 1934 como Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia.

³ En ocasiones, alguno de los miembros de la SCJ, al redactar una sentencia, así la designó: caso de la sentencia 43/1992, considerando III (Tomasino, red.). Recientemente reapareció la expresión en la sentencia 99/2020, considerando IV (Turell, red.).

2. Se compone de cinco miembros titulares,⁴ que deben reunir como cualidades: cuarenta años cumplidos de edad; ciudadanía natural en ejercicio, o legal con diez años de ejercicio y veinticinco años de residencia en el país; ser abogado con diez años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscal por espacio de ocho años.⁵

3. Cuando se produce una vacante definitiva, el nuevo miembro es designado por la Asamblea General, que es el órgano compuesto por la reunión de los soportes de las Cámaras de Representantes y de Senadores, por dos tercios de votos del total de sus componentes.⁶ La Asamblea General dispone para ello de noventa días,⁷ porque vencido dicho término sin que se haya cubierto la vacante se produce la llamada provisión automática,⁸ quedando automáticamente designado como soporte de la SCJ el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo y a igualdad de antigüedad en dicho cargo por el que tenga más años en el ejercicio de la Judicatura o del Ministerio Público o Fiscal.⁹

4. Permanecen en el desempeño del cargo durante diez años,¹⁰ salvo que en el interin cumplan setenta años,¹¹ o que se configuren otras causales de cese.¹²

⁴ Constitución, artículo 234.

⁵ Constitución, artículo 235.

⁶ Constitución, artículos 85-18º y 236, inciso 1º, primera oración.

⁷ Constitución, artículo 236, inciso 1º, segunda oración.

⁸ Fue una solución adoptada por la reforma constitucional de 1967 para acotar la desintegración por desacuerdo político. Véase Esteva Gallicchio, Eduardo, "Suprema Corte de Justicia (Uruguay)", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, UNAM/Marcial Pons, 2009, pp. 490 y ss.

⁹ Constitución, artículo 236, inciso 1º, tercera oración.

¹⁰ Constitución, artículo 237.

¹¹ Constitución, artículo 250.

¹² Por sentencia del Senado en juicio político previa acusación de la Cámara de Representantes (Constitución, artículos 93, 102 y 103), fallecimiento, renuncia aceptada, configuración de un supuesto de incompatibilidad (Constitución, artículo 251), o de infracción de una prohibición (Constitución, artículo 252, inciso 1º).

B. Competencias de la Suprema Corte de Justicia en relación con el control de constitucionalidad de los actos legislativos

1. *Declaración de inconstitucionalidad.* Los actos que pueden ser objeto del procedimiento de control de regularidad constitucional a los efectos de su desaplicación en el caso concreto, como competencia que está constitucionalmente concentrada en la SCJ, son las "leyes"¹³ (actos aprobados por la acción sucesiva de las dos Cámaras del Poder Legislativo y eventualmente con participación de los legisladores reunidos en Asamblea General y promulgados por el Poder Ejecutivo)¹⁴ y los "decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción"¹⁵ (actos aprobados por los respectivos órganos legislativos unicamerales departamentales, las Juntas Departamentales y promulgados por el órgano ejecutivo, la Intendencia Departamental).¹⁶

Las leyes¹⁷ y los decretos legislativos departamentales¹⁸ son, en Uruguay, especies dentro del género de los actos legislativos formales.

Corresponde precisar que, según surge del inequívoco texto de la *lex legum*, la expresión leyes¹⁹ comprende a las leyes interpretativas de la Constitución. En efecto, el artículo 85, ord. 20°, hace competente a la Asamblea

¹³ Constitución, artículo 256.

¹⁴ Constitución, Sección VII, artículos 133 a 146 y concordantes.

¹⁵ Constitución, artículo 260.

¹⁶ Constitución, artículos 273-1°, 275-2° y 281, en lo sustancial.

¹⁷ Sobre el significado de la expresión, puede consultarse, con mayor amplitud: Esteva Gallicchio, Eduardo, "Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos", en Durán Martínez, Augusto (coord.), *El Poder y su control, Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, núm. 1, 1990, pp. 97-125.

¹⁸ Estos son los decretos que "tienen" fuerza de ley. Los que expide la Junta Departamental que no requieren promulgación por el Intendente Departamental son los que "no tienen" dicha fuerza. *Cfr.*, por todos, Cassinelli Muñoz, Horacio, "La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año 55, 1957, p. 127.

¹⁹ Sobre otros aspectos del significado de la voz "leyes": Esteva Gallicchio, Eduardo, "Declaración de inconstitucionalidad...", *op. cit.*, pp. 101-103, también: "Uruguay", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, t. I, 1997, pp. 364-365.

General para "Interpretar la Constitución, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la SCJ, de acuerdo con los artículos 256 a 261", que son los que prevén la eventual declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos formales. Ello es coherente, pues, con el carácter de Constitución rígida.²⁰

El vocablo "leyes" incluye a los decretos-leyes,²¹ nombre que en Uruguay reciben los actos legislativos de los gobiernos de *facto* que, durante la segunda mitad del siglo XIX, fueron validados o saneados formalmente por leyes ordinarias expedidas después del restablecimiento del orden constitucional; que en los dos primeros casos del siglo XX fueron respectivamente declarados válidos por disposiciones transitorias y especiales de las constituciones de 1934 y de 1942; en tanto que en el tercero —y el más extenso de doce años— lo fueron por ley ordinaria 15.738, de 13-III-1985.

Los vicios que puede considerar la SCJ para declarar la inconstitucionalidad son mencionados por la Constitución, como razones de forma o de contenido; esto es, respectivamente y en muy grandes trazos, vicios procedimentales en la elaboración (ej. falta de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo, o del quórum de votación requerido) o incompatibilidad sustancial de soluciones²² con algún "principio o norma constitucional" (Ley 13.747, de 1969, artículo 8 y Código General del Proceso vigente, artículo 512).

²⁰ Constitución, artículo 331, que prevé cuatro posibles procedimientos para la reforma constitucional, requiriendo todos ellos para su perfeccionamiento la aprobación por la ciudadanía en un plebiscito de ratificación.

²¹ Ninguna de las constituciones de Uruguay consagró el instituto de los decretos leyes tal como son habitualmente previstos en el derecho constitucional comparado.

²² *Cfr.* Esteva Gallicchii, Eduardo: "Concepto de inconstitucionalidad. Causales en el proceso de inconstitucionalidad. Inconstitucionalidad y derogación superveniente", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, vol.12, 2015, pp. 133-141. También mis análisis: "Estudio Nacional sobre el Sistema de Justicia Constitucional: Uruguay", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, t. XII, núm. 67-72, 1996, pp. 225-228 y "La jurisdicción constitucional en Uruguay", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997, pp. 910 y ss.

2. *Derogación por oposición superveniente.* La SCJ, al igual que cualesquiera de los Juzgados o Tribunales de la República,²³ es competente para declarar que, una determinada disposición legal, anterior a la entrada en vigor de la Constitución de que se trate, ha quedado derogada por oposición superveniente. Preceptúa el artículo 329 constitucional: "Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo".

3. *Un instituto diferente.* La Constitución uruguaya prevé asimismo el instituto doctrinalmente llamado acción o reclamo por lesión de la autonomía departamental, cuya resolución compete a la SCJ demanda que puede ser promovida por las Juntas Departamentales o los Intendentes Departamentales.²⁴ Esta lesión puede ser inferida, entre otros posibles actos jurídicos, por una ley.²⁵

4. *Otro instituto diferente.* La SCJ es también competente²⁶ para conocer, como lo hacen los verdaderos tribunales constitucionales, de las contiendas inter orgánicas e intra orgánicas, cuando estén fundadas en la Constitución,²⁷ que se produzcan entre el Poder Ejecutivo y los organis-

²³ Este punto dividió a la doctrina uruguaya durante más de medio siglo. Véase, por todos: Cassinelli Muñoz, Horacio, "Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?", en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año 55, 1957, pp. 157 y ss. y Esteva Gallicchio, Eduardo, "Declaración de inconstitucionalidad...", *op. cit.*, pp. 105-108. La disposición fue incorporada por la Constitución de 1830 y subsiste con mínimos ajustes. Fueron relevantes las discordias de los jueces Torello y Marabotto, en sentencias 13/1991 y 14/1991, de 2-V-1991, que antecedieron el importante cambio jurisprudencial que produjo la sentencia 22/1993, de 27-VIII-1993, considerando II y III (Marabotto, Torello (red.), Mariño (discorde.), Alonso (discorde) y Cairoli).

²⁴ Constitución, artículo 283; Ley 9.515, de 28-X-1935, artículo 71.

²⁵ *Cfr.*, por todos: Rodríguez Galusso, Alicia: "Acción por lesión de autonomía", *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, Edit. La Ley Uruguay, núm. 12, 2015, pp. 401-404 y autores que menciona.

²⁶ Constitución, artículo 313, inciso 3º.

²⁷ Existen escasos pronunciamientos de la SCJ respecto del punto. Véase la demanda suscrita como letrado patrocinante por Justino Jiménez de Aréchaga Mac Call que se incluye en la obra de Fraga, Juan José y Alzugaray, Álvaro, *En defensa de la justicia electoral*, Montevideo, 1955, pp. 25-72, explicando por qué la SCJ es "El Juez de la Constitución"; y la sentencia 202, de 16-V-1960; sentencia 161 de 19-X-1975 y sentencia 20/1990, de 21-VI-1990.

Por su parte, las contiendas o diferencias fundadas en la legislación son de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es un órgano constitucional que ejerce función jurisdiccional, no integrante del Poder Judicial, el que tiene asignada una posición institucional similar a la de

mos descentralizados por razón de territorio (denominados Gobiernos Departamentales) o funcionalidad (llamados Entes Autónomos y Servicios Descentralizados).

C. Tipos de sentencias constitucionales que la Constitución, la legislación o la jurisprudencia señala que puede expedir la Suprema Corte de Justicia al resolver mecanismos de control constitucional

1. *Introducción.* A los efectos de este apartado de la obra colectiva, consideraré como sentencia constitucional a aquella que "pone fin a una confrontación entre una disposición normativa secundaria y la ley fundamental",²⁸ por lo que, en Uruguay, se trataría de la colisión entre uno de los dos tipos de acto legislativo formal (ley o decreto con fuerza de ley en la jurisdicción de un Gobierno Departamental) con el acto con forma de Constitución.²⁹

En cuanto al significado de la palabra sentencia,³⁰ utilizaré el que resulta de los textos constitucionales³¹ y legales.³²

los órganos jerarcas de los tres Poderes del Gobierno del Estado (Constitución, artículo 313, incisos 1° y 2°; Decreto-ley 15.524, de 1984, artículos 89, inciso 2° y 101).

²⁸ Figueroa Mejía, Giovanni A., "Sentencia constitucional", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 1001 voces, *In Memoriam* Dr. Héctor Fix-Zamudio, 3ª. ed., México, UNAM/ Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, t. II, 2021, p. 1885, disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6439/16.pdf>» (recuperado 30-VII-2021).

²⁹ Constitución de la República perfeccionada por su aprobación en el plebiscito constitucional celebrado en noviembre de 1966, que sustituyó totalmente la Constitución de 1952 y las cuatro reformas constitucionales parciales aprobadas por los plebiscitos de igual naturaleza realizados en noviembre de 1989, noviembre de 1994, diciembre de 1996 y octubre de 2004.

³⁰ *Cfr.* La clásica obra de Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1976, pp. 537. Con detallada revisión doctrinal, entre las últimas producciones uruguayas, véase Abal Oliú, Alejandro, "Clasificación de las resoluciones judiciales", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, UDELAR, núm. 40, enero-junio de 2016, pp. 16 y ss. y 36 y ss.

³¹ Artículos 239-1°, inciso 2°, y 257.

³² Ley 15.750, cit., artículo 56; Código General del Proceso, artículos 195, 197, 198 y 520 a 522. Conforme a los últimos, las que puede expedir la SCJ en los procesos de solicitud de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos serán definitivas (acogiendo o desestimando la solicitud de declaración de inconstitucionalidad (Constitución, artículo 239-1°, inciso 2°) o interlocutorias (por ejemplo, las que declaran la inadmisibilidad de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad

2. *Sentencias estimatorias o desestimatorias de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad.* Según previsiones de la Constitución, la SCJ, que es titular de la competencia originaria³³ y exclusiva en la materia,³⁴ deberá pronunciarse en "juicio público"³⁵ con los requisitos de las sentencias definitivas, debiendo para ello concurrir los cinco miembros, pero podrá pronunciarse por simple mayoría.³⁶

La ley reglamentaria dispone que "la sentencia se limitará a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas",³⁷ esto es, desestimar o estimar el petitorio

Existen tres vías³⁸ para solicitar la declaración de inconstitucionalidad, las llamadas de acción (promovida directamente ante la SCJ, por el titular de un interés directo, personal y legítimo),³⁹ de excepción (requiriéndose igual legitimación, pero planteándose en cualquier procedimiento judicial),⁴⁰ o de oficio (por el Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en su caso⁴¹), en los dos últimos casos con efecto suspensivo preceptivo del procedimiento⁴² y para ante la SCJ que resolverá

o la litispendencia. *Cfr.* en el plano doctrinal general, Couture, Eduardo J., *Vocabulario...*, *op. cit.*, pp. 540 y 541, respectivamente.

³³ Así dice textualmente el artículo 239, ordinal 1º, constitucional, sin ajuste a la pureza lingüística.

³⁴ Constitución, artículo 257.

³⁵ Constitución, artículo 239, ordinal 1º, inciso 2, y Ley 3.246, cit., artículos 22 a 24. *Cfr.* Berro Oribe, Guido, "Del juicio extraordinario de inaplicación de disposiciones legales por razón de constitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, tomo XIV, § 141 y § 351, pp. 302 y 370-371. En la práctica se expiden a puertas cerradas.

³⁶ Constitución, artículos 239, ordinal 1º, inciso 2º, y 257; Ley 15.750, cit., artículo 56.

³⁷ Código General del Proceso, artículo 520.

³⁸ *Cfr.*, por todos: Cassinelli Muñoz, Horacio, "Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad", *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957, pp. 127 y ss.

³⁹ Constitución, artículo 258-1º.

⁴⁰ Constitución, artículo 258-2º.

⁴¹ Constitución, artículo 258, inciso 2º. Véase Esteva Gallicchio, Eduardo, "La inconstitucionalidad de oficio en el derecho constitucional uruguayo", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, CE-COCH, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 251-262.

⁴² Constitución, artículo 258, inciso final.

3. *Resoluciones o declaraciones*⁴³ *estimatorias o desestimatorias en el supuesto previsto por el artículo constitucional Uve (V) de las Disposiciones Constitucionales Transitorias y Especiales, incorporado por el plebiscito constitucional de 1994.* Este supuesto solamente es aplicable respecto de toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (artículo 67 de la Constitución),⁴⁴ que estén contenidas en leyes presupuestarias expedidas después del 1 de octubre de 1992, sean la Ley de Presupuesto⁴⁵ quinquenal o una de Rendición de Cuentas⁴⁶ anual.

Plantean como peculiaridades en el sistema uruguayo: a) la SCJ, de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración, lo que comunicará al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, y b) dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia, esto es, efectos *ex tunc*, *ex nunc* y *erga omnes*.

Y generan el problema interpretativo de si se agotó o consumió el ejercicio de la atribución al momento de ser expedida la resolución 338/995 de 15-IX-1995 de la SCJ⁴⁷ o si puede ser ejercida nuevamente por tratarse de una Disposición Constitucional Especial.⁴⁸

⁴³ La SCJ sostuvo que no son sentencias, porque la declaración de inconstitucionalidad es efectuada por la propia Constitución y el pronunciamiento de la corporación es un tipo de "[...] *accertamento*, o individualización de las normas que, enmarcadas en la previsión constitucional, devienen ineficaces en el ordenamiento jurídico positivo"; "resulta ser, en definitiva, competencia complementaria de la Constituyente"; *Cfr.* resolución 338/1995, de 15-IX-1995, considerando III Alonso, Marabotto, Torello (red.), Mariño y Cairolí).

⁴⁴ El artículo 67 de la Constitución. cuenta con tres incisos, el primero incorporado por la Constitución de 1934; el segundo y el tercero, por la reforma constitucional parcial de 1989. Los últimos refieren básicamente a la indexación de las asignaciones de pasividad (jubilaciones y pensiones), preceptuando criterios, fijando oportunidades y determinando su financiamiento.

⁴⁵ Constitución, artículos 214 y ss. y concordante.

⁴⁶ Constitución, artículos 214, inciso final, y 217.

⁴⁷ Posición adoptada por la SCJ por sentencia interlocutoria 628/2017 de 8-V-2017, considerando III, Martínez Rosso, Chcediak, Hounie (red.), Turell y Pérez Manrique; reiterando la caracterización realizada por la resolución 338/1995 precedentemente transcripta.

⁴⁸ *Cfr.* Bonomi Santurio, Miguel, "La disposición especial literal V de la Constitución uruguayo", en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, Ed. F.C.U., núm. 52, 2017, pp. 46 y ss.

4. *Sentencias que contienen resoluciones anticipadas de cuestiones de constitucionalidad.* Fueron previstas desde la primera ley reglamentaria de los procedimientos de solicitud de declaración de inconstitucionalidad de 1969,⁴⁹ en fórmula reiterada sustancialmente por el vigente Código General del Proceso.⁵⁰

Pueden ser expedidas por la SCJ en cualquier estado de los procedimientos y con prescindencia de la situación en que se encuentre el trámite respectivo.

Se prevén dos supuestos:⁵¹

- a. Que el petitorio hubiere sido formulado por alguna de las partes con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal sobre el fondo del asunto;
- b. Que existiere jurisprudencia en el caso planteado y se declarare por la SCJ que mantendrá su anterior criterio.
Naturalmente que la jurisprudencia podrá ser, según el caso, estimatoria o desestimatoria (*supra*, 2 de este apartado).
- c. La jurisprudencia de la SCJ ante la petición de un conjunto de interesados en el sentido de que se resolviera una solicitud de declaración de inconstitucionalidad por el procedimiento de resolución anticipada sostuvo que ello constituye una facultad discrecional del órgano decisor, invocando mediante cita del ex miembro de la Corporación, el distinguido procesalista Torello Giordano: "la de-

⁴⁹ Ley 13.747 de 10-VII-1969, artículo 16.

⁵⁰ Ley 15.982 de 8-X-1988, artículo 519.

⁵¹ Originalmente existió discrepancia doctrinal. Se sostuvo que debían concurrir ambos supuestos (Cfr. Gianola Martegani, Ariel, "La resolución anticipada de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 71, 1971, pp. 78-81) o que podía configurarse en uno u otro supuesto (Cfr. Berro Oribe, Guido, "La resolución anticipada del artículo 16 de la Ley 13.747", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 70, 1971, pp. 41 y ss.). Arlas, José A., "La declaración —en vía principal— de inconstitucionalidad de las leyes en el Derecho uruguayo", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, Ed. F.C.U., núm. 3, 1975, p. 32, adhirió a la opinión de Berro Oribe. La jurisprudencia de la SCJ es firme en el último sentido.

cisión en cuanto al modo de actuar o proceder del órgano en un caso concreto (decisión anticipada o estudio por el mecanismo normal) es de puro y exclusivo resorte del tribunal y atañe a su funcionamiento interno, siendo totalmente facultativo del mismo decidir una u otra opción".⁵²

- d. Existe acuerdo en la actual doctrina uruguaya sobre que el instituto de la resolución anticipada:
- no significa la adopción de un sistema de *stare decisis* o de precedentes,⁵³ sino que nos hallamos ante una fórmula original para resolver problemas prácticos —desestimular el empleo de la solicitud como chicana o descongestionar el funcionamiento de la SCJ—; y
 - nada impide que la SCJ, sea por modificación en su composición o por cambio de criterio jurisprudencial, pueda modificar la jurisprudencia.

5. *Sentencias que acogen o deniegan medidas cautelares de suspensión de la ejecución de actos legislativos.* Aun cuando obviamente no son pronunciamientos que pongan fin a la cuestión porque quedan sujetos a ulterior revisión, estimo conveniente hacer referencia a que, en Uruguay, la Ley 16.011 de 19-XII-1988,⁵⁴ que regula una acción de amparo, dispone que

⁵² Resolución 976/2008, sentencia interlocutoria de 21-IV-2008, resolución y considerando II: "Código General del Proceso / comentado, anotado y concordado", Dir. Enrique Vescovi, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1998, Tomo 6, comentario al artículo 200 del Código General del Proceso, p. 136; agregando la Corporación: "Por añadidura, la Suprema Corte de Justicia se halla actualmente desintegrada; lo que aleja toda posibilidad de adoptar el mecanismo incoado" (Ruibal, Van Rompaey y Gutiérrez).

⁵³ Me adscribo a la corriente doctrinal general que diferencia precedente de jurisprudencia, en línea con Taruffo, Michele, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, *passim*. Cfr. entendiendo que no consagra obligatoriedad de precedente, Gianola Martegani, Ariel, "La resolución anticipada...", *op. cit.*, p. 81. En el sentido que se establece una fórmula de "jurisprudencia obligatoria", o de *stare decisis*, véase: Berro Oribe, Guido, "La resolución anticipada...", *op. cit.*, pp. 41-44, esp. p. 50.

⁵⁴ Éste es el que podría llamarse amparo legal, que doctrinalmente se diferencia del amparo constitucional (Constitución, artículos 7, 72 y 332 conjugados) y del convencional (por ej.: Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25, etc.). Véase Cassinelli Muñoz, Horacio, "Fundamentos y alcances constitucionales de la acción de amparo", en *La acción de amparo (Ley N° 16.011 de 19/12/89)*, Montevideo, Presidencia de la República/ONSC, 1999, pp. 24 y ss.; Esteve Gallicchio,

no procede "contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción".

Ello condujo a que, tras denegatorias de la interposición de acciones de amparo contra las leyes, la jurisprudencia de la SCJ modulara la suspensión de la ejecución de los actos legislativos como medida cautelar⁵⁵ a partir de una consideración teórica del instituto,⁵⁶ dejando constancia que no está prevista expresamente por las disposiciones procedimentales de nivel legal ordinario,⁵⁷ por lo que, fue indispensable el uso de la virtud de la prudencia⁵⁸ y transitó una profusa jurisprudencia denegatoria,⁵⁹ hasta que llegó a concretas suspensiones de ejecución⁶⁰ de leyes⁶¹ y

Eduardo, "El amparo en Uruguay", en Manilli, Pablo Luis (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, pp. 315-339 y "El amparo en Uruguay", en Mac Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 257 y ss.

⁵⁵ Aunque discrepo de la argumentación, es justo que reconozca el aporte en este tema del distinguido procesalista Jorge Marabotto Lugaro, en el periodo en que fue miembro titular de la SCJ (1990-2000).

⁵⁶ No ha sido analizado sistemáticamente el punto por la doctrina procesal constitucional uruguaya. Priman los enfoques que parten del derecho procesal general. La sentencia interlocutoria 2.070/2019, de 10-X-2019, declaró carente de objeto la medida solicitada, (Minvielle (red.), Turell y Sosa Aguirre).

⁵⁷ Artículos 311 y ss. y concordantes del Código General del Proceso.

⁵⁸ En lo que atañe a la fundamentación, el *leading case* concluyó con la resolución 742/1998, sentencia interlocutoria de 25-IX-1998 (Marabotto, Alonso, Mariño, Cairolí y Guillot), no haciendo lugar. Utilizo la expresión *leading case* —en el sentido que le asigna el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* "Caso cuya resolución o sentencia inicia una tendencia", *cfr.* «<https://dpej.rae.es/lema/leading-case>» (recuperado el 30-VII-2021).

⁵⁹ Se adicionaron, posteriormente, entre otras, las resoluciones 362/2006, 2029, 2036, 2139, 2491, 2464 y 2491, todas del año 2007; 550, 551, 684, 2574, 2883, 3266 y 3371, todas del año 2008.

⁶⁰ Estimo que, en la jurisprudencia de la SCJ se advierte similitud terminológica con la suspensión de la ejecución del acto administrativo (Decreto-ley 15.869, artículo 2).

⁶¹ Resolución 1.897/2012, sentencia interlocutoria de 20-VIII-2012, a petición de la Suprema Corte de Justicia (Poder Judicial) con el Poder Legislativo (Estado), que "suspendió cautelarmente y hasta la conclusión del presente proceso la aplicación de los artículos 236 y 241 de la Ley N° 18.834 de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal, Ejercicio 2010, SCJ integrada con miembros de Tribunales de Apelaciones sorteados por haberse excusado los titulares de la Corporación (Corrales, Odella y Tapie).

Destaco también la resolución 660/2015, la sentencia interlocutoria de 5-VI-2015, que suspendió la aplicación del artículo 368 de la Ley 19.149 respecto de dos personas interesadas en un proceso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Chediak, Hounie, Ruibal, Pérez Manrique).

de decretos legislativos departamentales⁶² y a algunas recientes precisiones interesantes sobre el tópico.⁶³

D. Tipología de sentencias constitucionales que suele emitir la SCJ

1. *Sentencias estimatorias o desestimatorias*. La SCJ se ha ceñido tradicionalmente a expedir sentencias estimatorias o desestimatorias de las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos.

2. *Pronunciamiento de la SCJ sobre sentencias atípicas*. En escasas oportunidades la SCJ de Uruguay debió pronunciarse respecto de la posibilidad de expedir sentencias atípicas.⁶⁴ Dos de esos casos, a los efectos de este estudio, idénticos, respondieron a una solicitud de declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa de un decreto con fuerza de ley en la jurisdicción del Departamento de Rocha, oportunidad en que la peticionaria invocó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

⁶² Resolución 615/1999, sentencia interlocutoria de 15-IX-1999, a petición de la Intendencia Departamental de Flores, suspendió "la aplicación del decreto N° 356 del Gobierno Departamental de Flores" (Alonso, Marabotto y Mariño).

⁶³ Cfr. resolución 446/2021, sentencia interlocutoria de 17-VI-2021; el considerando III no hace lugar a lo peticionado, pero afirma:

para que la tutela cautelar sea eficaz puede requerir una protección de contenido variable; en ocasiones, basta con un adelanto parcial de la pretensión, en otras, el adelanto debe coincidir con aquélla para que no se consume un daño irreparable y para que el ejercicio de la jurisdicción no se torne ilusorio [...]. En efecto, es posible —como se pretende en autos— que el justiciable solicite una medida cautelar (más precisamente una medida de no innovar) para que la Corte, mediante una orden ejecutoria, dirija un mandato a la autoridad administrativa encargada de aplicar las normas legales —aparentemente inconstitucionales, para suspender los procedimientos administrativos [...] (Minvielle, Tosi (red.) y Pérez Brignani).

⁶⁴ Utilizo el adjetivo por comodidad. Remito a los análisis muy valiosos y conocidos de autores latinoamericanos: Olano García, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *Universitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 53, núm. 108, 2004, pp. 571-602; Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante", *Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca/CECOCH, vol. 4, núm. 1, julio 2006, pp. 97-124; Sagüés, Néstor Pedro: "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Estudios Constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 4, núm. 2, 2006, pp. 189-202; hasta el reciente de Gozaini, Osvaldo Alfredo, "Sentencias constitucionales / Teoría y práctica", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2021, esp. pp. 181-184, 193-290. Cfr., asimismo, varios autores, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit., pp. 1877 y ss., disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6439/16.pdf>» (recuperado 30-VII-2021).

La Corporación mencionó someramente, siguiendo uno de los estudios de Francisco Fernández Segado,⁶⁵ tres posibilidades: a) "Decisiones de apelación al legislador" (*Appellentscheidung*); b) "Declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad" (*Unvereinbarkeitserklärung*) y c) "Decisiones interpretativas o de interpretación conforme a la Constitución" (*Verfassungskonforme Auslegung*).

Afirmó entonces la SCJ, terminantemente y por unanimidad:

Como se advierte del brevísimo concepto de estas tres técnicas decisorias, ninguna de ellas se ajusta al estadio actual de la práctica jurisprudencial de esta Corte. No es concebible que la Corte, actuando como Corte constitucional, falle que una Ley es inconstitucional pero que no corresponde inaplicarla al caso concreto; tampoco cabe pensar en que se falle declarando que el caso es dudoso o "gris", pero que sí cabe exhortar al Legislativo a que reconsidere la norma. Igualmente, ni la Corte ni la doctrina han entendido en nuestro medio que cuando se descarta la inconstitucionalidad de una norma con base en una interpretación conforme a la Constitución hecha por la propia Corte, esa interpretación tenga eficacia general y que, por ende, sea oponible a terceros.

Agregó la Corporación:

cabe señalar que [...] los órganos jurisdiccionales no pueden sustituir al legislador en su labor de configuración normativa. El ejercicio de la función jurisdiccional de contralor de regularidad constitucional puede y debe resolver colisiones entre Leyes y normas constitucionales, mas no puede innovar en materia legislativa, invadiendo la competencia del Poder Legislativo.⁶⁶

⁶⁵ "El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, núm. 4, 2009, pp. 155-180; ponencia publicada con el mismo título en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, UNAM, México, t. I, 2009, pp. 71-119.

⁶⁶ Sentencia 404/2016, considerandos III y IV (Martínez Rosso, Chediak (red.), Hounie, Larrioux, Pera) y 549/2016, considerandos V y VI (Martínez Rosso, Chediak, Hounie, Larrioux (red.), Fernandez de la Vega).

E. Algunos ejemplos de asuntos resueltos por la SCJ de Uruguay, que permiten comprender los tipos de sentencias constitucionales

1. *Sentencias de la SCJ estimatorias o desestimatorias de solicitudes de declaración de inconstitucionalidad.* Son las que denominaría clásicas y conforman la abrumadora mayoría de las expedidas por la SCJ, por lo que seleccionaré algunos ejemplos de las que podrían considerarse, en Uruguay, novedosas sentencias constitucionales.

2. *Sentencias de la SCJ creadoras de derecho o adaptativas de la Constitución en materia de derechos humanos*

a. La más importante sentencia de la SCJ dentro de este rubro es la sentencia 365/2009,⁶⁷ de 19-X-2009,⁶⁸ en pronunciamiento unánime sobre el fundamento,⁶⁹ a partir del artículo 72⁷⁰ de la Constitución a más de noventa años de su vigencia y apoyado en aportaciones doctrinales iniciadas medio siglo antes, admitió por primera vez en una sentencia constitucional la existencia de un bloque de derechos y declaró inconstitucional la Ley 15.848, artículos 1, 3 y 4, conocida como Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado.⁷¹

⁶⁷ *Cfr.*, con matices sobre el artículo 72 de la Constitución y su eventual mutación: Gamarra Antes, Diego, "Interpretación de los enunciados constitucionales uruguayos y mutaciones en sentido débil", *La Justicia Uruguaya*, Montevideo, LJU 149, D57, marzo de 2014; Riso Ferrand, Martín, "Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución: dos casos uruguayos", en *Estudios Constitucionales*, Chile, CECOCH, año 15, núm. 1, 2017, pp. 240 y ss.

⁶⁸ Larrieux, Van Rompaey, Ruibal, Chediak (red.) y Gutiérrez.

⁶⁹ Gutiérrez dejó constancia, en discordia parcial, de una objeción relevante respecto del caso concreto y efectos del fallo.

⁷⁰ "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

⁷¹ Había sido declarada constitucional por la SCJ, por sentencia 184/1988, de 2-V-1988 (Tommasino, Addiego, García Otero (disc.), Balbela (disc.) y Nicolliello) (la sentencia de 1988, no incluida en la Base de Datos de Jurisprudencia Nacional de la SCJ, puede consultarse en *La Justicia Uruguaya*, t. XCVI, 1988 y en la *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. V). No prosperó contra la referida Ley 15.848 el recurso de referéndum, que se realizó el 16-IV-1989 (43% por la revocación). No obtuvo el respaldo de la ciudadanía para ser anulada por disposición constitucional en el plebiscito realizado el 29-X-2009 (48% por Sí). Véase la sentencia de la Corte Interamericana de

Además de la recepción interpretativa que hace de una noción de bloque constitucional de derechos, implica la realización, también por primera vez como Corporación, de un tipo de control de convencionalidad.⁷²

b. En diversas oportunidades la SCJ, acudiendo a la cláusula abierta del artículo 72 constitucional,⁷³ declaró comprendidos en él, como derechos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, haciéndolos inmediatamente aplicables a los casos concretos, en virtud del artículo 332.⁷⁴

- Principio de *ne bis in idem*, declarando inconstitucional el inciso 2 del artículo 33 sobre ejercicio de la acción, en la Ley 16.099, conocida como Ley de Prensa (sentencia 73/1993, voto mayoritario, considerando I).

- Derecho de pasividad (jubilaciones y pensiones): "Es indudable que en el estado actual del Derecho comparado [...] son considerados como esenciales, y su protección necesaria en virtud de parámetros de justicia y de valoración ética por parte de la sociedad" (sentencia 43/2008, voto mayoritario, considerando IV).

- Normas de *ius cogens* internacional sobre delitos de lesa humanidad, generalmente en discordias de Vomero (sentencia 89/2014), Minvielle (sentencia 10/2016, sentencia 680/2017) y otros magistrados.

3. *Sentencias de la SCJ que, en mi opinión, reescriben la Constitución y se fundan en su jurisprudencia cual si fueren precedentes.* La SCJ, basándose en una

Derechos Humanos de 24-II-2011 en el caso Gelman vs. Uruguay (serie C-221) y Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento de 20-III-2013 y de 19-XI-2020.

⁷² Esteve Gallicchio, Eduardo, "Uruguay", en Amaya, Jorge Alejandro (Dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad / Sistemas latinoamericanos*, Buenos Aires, Astrea, vol. 2, 2018, pp. 467-499.

⁷³ La Corporación afirma reiteradamente que: "es muy amplia la gama de derechos que pueden incluirse en dicha disposición": sentencia 169/1991, 101/1993, 186/1998.

⁷⁴ "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

errónea interpretación impulsada por el entonces Fiscal de Corte Bayardo Bengoa,⁷⁵ reiteradamente expide por mayoría sentencias que reescriben el artículo 216, inciso 2º,⁷⁶ de la Constitución,⁷⁷ contrariando la *lex legum*,⁷⁸ lo que ha llevado a parte de la doctrina a considerar que habría operado una mutación constitucional-ley.⁷⁹

4. *Sentencias que interpretan la Constitución e implícitamente establecen un criterio para el legislador sobre cómo proceder con ajuste a la lex legum.* Un ejemplo reciente, entre muchos posibles, es el de la sentencia 57/2020 de 3-IV-2020, por la que la SCJ, por mayoría,⁸⁰ interpretó que el artículo 1 de la Ley 19.654,⁸¹ de 27-VIII-2018 —interpretativa de la Constitución—, fue aprobada sin contar con la mayoría especial de dos tercios⁸² de componentes de cada Cámara, en contravención con lo

⁷⁵ Cfr., Esteva Gallicchio, Eduardo, "Una errónea e innecesaria interpretación del inciso 2º del artículo 216 de la Constitución", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1972, t. 72, pp. 69-75 y "Nuevamente sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto de la inclusión en las leyes presupuestarias o de rendición de cuentas de disposiciones comprendidas en las prohibiciones establecidas por inciso 2º del artículo 216 de la Constitución", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. VII 39, pp. 299-303.

⁷⁶ "No se incluirá ni en los presupuestos ni en las leyes de Rendición de Cuentas disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno ni aquellas que no se refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución".

⁷⁷ Sentencias 138/1967, 309/1988, 317/1988, 90/1990, 140/1991, 61/1992 y 317/2020.

⁷⁸ En la sentencia 825/2018, dijo: "Cuando el artículo 216 de la Carta prohíbe incluir en los presupuestos disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno, o que no se relacionen exclusivamente con su interpretación o ejecución, ha entendido referirse obviamente al presupuesto o acto técnico o documento político y no a la Ley que lo sanciona, porque ésta, en su sentido material, puede contener disposiciones que, como las cuestionadas, no contradigan por su distinta sustancia los principios que el constituyente quiso resguardar (sentencia N° 138/1967)".

[...] la Corte considera que las Leyes de presupuesto o de rendición de cuentas, en tanto Leyes formal o materialmente regulares, pueden incluir normas que no sean de ejecución presupuestal, pues el artículo 216 de la Carta Fundamental alude exclusivamente a las normas de naturaleza hacendística, a su interpretación y ejecución, pero no a las previsiones ajenas a la materia presupuestal y que son de diversa sustancia [...].

⁷⁹ Risso Ferrand, Martín, "Mutación e interpretación..." *op. cit.*, pp. 245 y ss.

⁸⁰ Minvielle, Turell, Tosi, Simón y Sosa Aguirre (discorde).

⁸¹ "Declárase, con carácter interpretativo, de los artículos 77, párrafo 1 y 81 de la Constitución de la República, que el hecho de residir fuera del país no obsta al ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la ciudadanía".

⁸² Véase, sobre la mayoría especial del artículo 77, ord. 7º, constitucional: Esteva Gallicchio, Eduardo, "Publicidad y autorregulación ética en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual", en Durán Martínez, Augusto, (coord.), *Servicios de Comunicación Audiovisual*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2016, pp. 341-349.

dispuesto por el artículo 77, ordinal 7º, de la Constitución. Declaró, pues, la inconstitucionalidad por razón de forma. Aunque la sentencia obviamente sólo tiene efecto en el caso concreto, es interesante tener presente que la solicitud fue promovida por diversos partidos políticos y contó con la participación en el proceso de inconstitucionalidad de los más importantes con representación parlamentaria.

Esta sentencia también incluyó un apartado que, por su infrecuencia y atipicidad, me permito transcribir, sin ingresar en esta oportunidad al análisis de sus proyecciones:

VI.4) Breve apunte respecto del fenómeno conocido como "voto Buquebus".⁸³ Atento al objeto de este proceso, no es ocioso considerar que muchos ciudadanos de la República podrán preguntarse cómo lo sostenido en esta sentencia se compatibiliza con el fenómeno del "voto Buquebus". Esto es, uruguayos que estando del otro lado del Río de la Plata, favorecidos por la cercanía territorial, concurren a votar en cada elección a pesar de estar residiendo en otro país. Y la respuesta es clara: se trata de uruguayos que están registrados en el Padrón Electoral, en cada elección concurren a la mesa electoral que les corresponde de acuerdo con lo establecido por la Corte Electoral y allí ejercen sin problema alguno su derecho a votar. Como es sabido, no es necesario acreditar domicilio en el país en dicho momento, siquiera sumariamente, lo cual parece razonable si no se quiere hacer del día de cada acto eleccionario un acto sumamente engorroso.

F. Efectos de las sentencias constitucionales

1. *El efecto del fallo que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad es inter-partes.* En forma incontrovertible, el artículo 259 constitucional preceptúa, como anticipé, que "El fallo de la Suprema Corte de Justicia

⁸³ Buquebus es el nombre de una empresa privada que realiza diversas conexiones por transbordadores entre Buenos Aires (Argentina), Colonia, Montevideo y Punta del Este (Uruguay).

se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado".

Por tanto, el efecto del fallo es *inter partes*⁸⁴ y no *erga omnes*, siendo aplicable la disposición declarada inconstitucional, en todo caso en que no se haya pronunciado dicha declaración.

En la práctica este punto marca una característica criticada del sistema uruguayo. Existieron ejemplos de casos en los que la renovación de los miembros de la SCJ generó drásticos cambios jurisprudenciales de inconstitucionalidad a constitucionalidad o viceversa y ello en temas con elevado impacto popular.⁸⁵

2. *El efecto temporal del fallo en materia de inconstitucionalidad.* El punto no generaba dificultades, hasta que la SCJ expidió la sentencia 43/2008, de 24-VI-1992, que critiqué severamente,⁸⁶ coincidiendo o adhiriendo otros autores.

⁸⁴ Cfr. Jiménez de Aréchaga MacCall, *La Constitución Nacional*, Montevideo, Editorial Medina, t. I, 1946, p. 113: "[...] la interpretación judicial tiene fuerza obligatoria, pero solamente «inter-partes» y con relación al caso que da mérito a la interpretación". Cfr., con mayor amplitud: Esteva Gallicchio, Eduardo, "Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008, pp. 117-134.

⁸⁵ El *corsi e ricorsi* entre las sentencias de inconstitucionalidad y constitucionalidad, todas por mayoría legal, del impuesto a la Renta de las Personas Físicas sobre haberes de pasividad, sentencia 43/2008 y sentencia 80/2008, expedidas con treinta y cinco días corridos de diferencia, terminó con el cambio de la ley, mutándose el primero por uno denominado de Asistencia a la Seguridad Social.

⁸⁶ Esteva Gallicchio, Eduardo, "Una jurisprudencia errónea: los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, t. IX, núm. 50, 1992, pp.193-203; "Otra vez sobre el efecto de la sentencia que declara, en solicitud formulada por vía de acción, la inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad de un acto legislativo", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, t. X, núm. 60, 1994, pp. 773-774; "Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos", en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, núm. 35, 2009, pp. 95-113; "Efecto temporal de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay que declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010, pp. 1399-1415. También Risso Ferrand, Martín, "Constitución y Estado de Derecho", Montevideo, Edit. F. C. U., 2021, pp. 245-249.

La Corporación, siguiendo básicamente la opinión doctrinal de Larrieux⁸⁷ y a partir de lucubraciones sobre si la sentencia es por su naturaleza declarativa o constitutiva, entendió que el efecto de la sentencia se producía desde la fecha de la demanda, en función de la vía de solicitud y otras consideraciones.

Por mi parte relacioné el tópico con el caso concreto. Ello motivó que la SCJ realizara un muy loable y verdadero *overruling* en la sentencia N° 264 de 11-XII-1998.

Posteriormente, los miembros de la Corporación fueron adoptando, según los sucesivos miembros titulares o integrantes, las diferentes opiniones expuestas e incluso generando matices.⁸⁸ Recientemente toma en consideración para pronunciarse si existió o no solicitud del peticionario de pronunciamiento sobre el efecto temporal.⁸⁹

Excede las posibilidades de este informe nacional analizar los pronunciamientos de la SCJ como sentencias modulatorias de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

3. *Los efectos de las declaraciones o resoluciones expedidos por la SCJ, por el artículo V (uve) de 1994.* Están precisamente definidos por el texto constitucional en forma excepcional: *ex tunc*, *ex nunc* y *erga omnes*.

4. *Los efectos de la sentencia que expide la SCJ —como cualquier juzgado o tribunal— al declarar la derogación de una disposición legal por oposición superveniente de una previsión Constitucional, conforme al artículo 329.* No suele plantearse en la práctica este supuesto ante la SCJ. Estimo que

⁸⁷ Larrieux Rodríguez, Jorge Tomás, "Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", en *Revista Judicatura*, Montevideo, núm. 33, 1992, pp. 167-179.

⁸⁸ *Cfr.*, Ruocco, Graciela, "Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, Edit. La Ley Uruguay, núm. 12, 2015, pp. 355-377.

⁸⁹ Por ej.: sentencia 244/2020. Son importantes las discordias de Minvielle, en sentencia 1.980/2017, con el agregado que surge de la sentencia 2.081/2017; también sentencia 602/2019 y de Tosi, en sentencia 99/2020.

los efectos serían los propios de toda sentencia, salvo disposición en contrario, en el Derecho uruguayo: *inter partes*.

5. *Sentencia expedida por la SCJ en los casos de acción o reclamo por lesión de autonomía departamental, si ésta fuere irrogada por una ley y no se impugnare la ley por el procedimiento de solicitud de declaración de inconstitucionalidad.*⁹⁰ Estimo que podría asentarse la opinión expuesta por la SCJ en sentencia 737/1994, de 19-VIII-1994, en el sentido de que

"[...] una interpretación armónica del contexto constitucional conduce inequívocamente a entender que el mismo no puede sino consistir en la indefinida aplicación temporal, dentro del ámbito territorial propio de la gestión gubernativa del órgano departamental que lo dedujera (consecuencia del principio de la personalidad del recurso), de la norma legislativa nacional que provoca la lesión de la autonomía que fundamentara el reclamo de su amparo" (red. Luis A. Torello Giordano).⁹¹

6. *Sentencia expedida por la SCJ al resolver una contienda fundada en la Constitución (artículo 313, inciso 3).* Haciendo aplicación de los criterios generales del derecho uruguayo, la sentencia tendrá efecto *inter partes*.⁹²

G. Conclusiones

1. El sistema uruguayo, en virtud de las disposiciones constitucionales y su reglamentación legal, así como conforme a la prudente práctica jurisprudencial, ha mostrado resistencia a expedir sentencias constitucionales atípicas.

⁹⁰ Se ha debatido desde 1935 la relación entre esta acción o reclamo y otros institutos. Su análisis supera las posibilidades de este estudio. Si se tramita como solicitud de declaración de inconstitucionalidad, el efecto es el preceptuado por el artículo 259 de la Constitución. Y si se tramita por el artículo 283 constitucional, es indiscutible que la sentencia carece de efecto derogatorio o de efecto que implique desaplicación *erga omnes*. Véase las diferentes posiciones referidas en Rodríguez Galusso, Alicia, "Acción por lesión ...", *op. cit.*, pp. 395 y ss.

⁹¹ En igual sentido, entre otras, las discordias de Chediak, en las sentencias 505/2011 y 1171/2011.

⁹² Téngase presente que si fuera una contienda o diferencia fundada en la legislación, la competencia no es de la SCJ sino del Tribunal de lo Contencioso (artículo 313, incisos 1 y 2).

Ello a pesar de disponer de interesantes instrumentos para entablar diálogos con los poderes políticos del gobierno del Estado.

2. La incorporación en el derecho uruguayo de una cláusula constitucional abierta como el artículo 72 desde 1918, acompañada del artículo 332 sobre aplicabilidad inmediata de determinados preceptos constitucionales desde 1942, ha posibilitado expedir algunas sentencias novedosas creadoras de derecho, como la prototípica 365/2009, enmarcada en la adopción de un tipo de neoconstitucionalismo. Esta sentencia puede ubicarse dentro de la tendencia⁹³ de las creadoras de derecho adaptando el derecho positivo en materia de derechos humanos.

3. La actual práctica jurisprudencial uruguay⁹⁴ continúa siendo extremadamente cuidadosa de no invadir la competencia del legislador. Suele invocar como principales fórmulas:⁹⁵ la manifestación de tener vedado el ingreso a la consideración del mérito o conveniencia del acto legislativo;⁹⁶ la interpretación conforme que ha experimentado mínimos ajustes;⁹⁷ la mal llamada "presunción de constitucionalidad" de los actos legislativos;⁹⁸ el "principio de conservación" del acto legislativo;⁹⁹ o la "deferencia con el legislador".¹⁰⁰

⁹³ Por todos: Brewer Carías, Allan Randolph, *Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa*, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/02/714.-1017.-II-4-537-LOS-JUECES-CONSTITUCIONALES-COMO-LEGISLADORES-POSITIVOS.-UNA-APROXIMACION-C3%93N-COMPARATIVA.pdf>. (Recuperado: 31-VII-2021).

⁹⁴ La expresión fue utilizada por las sentencias 404/2016 y 549/2016, precedentemente citadas.

⁹⁵ En un cuarto de siglo prácticamente no hay variantes. Compárese la enunciación que realicé en "Estudio Nacional...", *op. cit.*, 1996, pp. 227-228 y en "La jurisdicción...", *op. cit.*, 1997, pp. 911-912.

⁹⁶ Sentencias 404/1985, 405/1986, 162/1987, 312/1988, 234/1995, 131/2003, 79/2009, 610/2012, 264/2013, 107/2018, etc.

⁹⁷ "La Corte ha sostenido firmemente que la pretensión sólo puede tener andamiento cuando la disposición legal cuestionada admita una única y clara interpretación, y ésta, por lo privativa, vulnere las normas superiores, pero no en hipótesis de pluralidad interpretativa, salvo que todas ellas incurran en transgresión constitucional" (sentencias 125/1980, 208/1988, etc.).

⁹⁸ *Cfr.*, por todos: Guariglia, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2009, *passim*.

⁹⁹ *Cfr.*: sentencia 146/1997 (Marabotto, red.), 500/2014 (voto Castro Rivera, considerando I), 436/2017 (discorde Turell), 443/2017 (voto Turell, considerando I), 580/2017 (Turell, considerando II), 692/2017 (discorde Turell), 271/2018 (Turell, considerando II).

¹⁰⁰ Sentencia 606/2013 (Klett, red.), 489/2014 (Klett, red.), 500/2014 (Cantero, red.), sentencia 53/2021 (Tosi, red.).

4. Las sentencias expedidas que suspendieron los efectos del acto legislativo, mediante interpretación de la regulación por el CGP del instituto de las medidas cautelares, podrían ser consideradas como creadoras de Derecho, dentro del sub tipo de las que suplen una omisión legislativa relativa, siempre y cuando se suspendan los efectos del acto legislativo, mediante interpretación de la regulación por el Código General del Proceso del instituto de las medidas cautelares.¹⁰¹

5. Los pronunciamientos de la SCJ que desestiman las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad de disposiciones incluidas en los Presupuestos o leyes de rendición de cuentas —por considerar que no existe incompatibilidad con el art. 216, inc. 2º de la Constitución—, que se ha extendido durante más de medio siglo, apartándose de la interpretación implícita que significó el pronunciamiento ciudadano que perfeccionó la reforma constitucional de 1994, es un extremo de singular importancia institucional, al colocarse en calidad de legislador positivo en colisión con el acto constitucional.¹⁰²

H. Fuentes de consulta

Arlas, José A., "La declaración —en vía principal— de inconstitucionalidad de las leyes en el Derecho uruguayo", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, núm. 3, 1975, pp. 3-34.

Base de Jurisprudencia Nacional Pública: «<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>».

Berro Oribe, Guido, "Del juicio extraordinario de inaplicación de disposiciones legales por razón de constitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, t. XIV, 1963, pp. 229-379.

¹⁰¹ Cfr. Brewer Carías, Allan Randolph, "Los jueces constitucionales...", *op. cit.*, *idem*.

¹⁰² Brewer Carías, Allan Randolph, *ibidem*.

_____ "La resolución anticipada del artículo 16 de la Ley 13.747", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 70, 1971, pp. 34-50.

Bonomi Santurio, Miguel: "La disposición especial literal V de la Constitución uruguaya", en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, Ed. F.C.U, núm. 52, pp. 31-50.

Brewer Carías, Allan Randolph, *Los jueces constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa*, disponible en: «<http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/02/714.-1017.-II-4-537-LOS-JUECES-CONSTITUCIONALES-COMO-LEGISLADORES-POSITIVOS.-UNA-APROXIMACION-COMPARATIVA.pdf>».

Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 354-363. "La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año 55, 1957, pp. 125-141.

_____, "Fundamentos y alcances constitucionales de la acción de amparo", en *La acción de amparo / (Ley N° 16.011 de 19/12/89)*, Montevideo, Presidencia de la República/ONSC, octubre de 1999, pp. 24-32.

_____, "Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, núm. 55, 1957, pp. 157-209.

_____, "Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad", en Cassinelli Muñoz, Horacio, *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1957, pp. 127-146.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial B de F, 2005.

_____, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "Concepto de inconstitucionalidad. Causales en el proceso de inconstitucionalidad. Inconstitucionalidad y derogación superveniente", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, vol.12, 2015, pp. 133-156.

_____, "Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos", en Durán Martínez, Augusto (coord.), *El Poder y su control, Serie Congresos y Conferencias de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, núm. 1, 1990, pp. 97-125.

_____, "Efecto temporal de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay que declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2010, pp. 1399-1415.

_____, "Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008, pp. 117-134.

_____, "Efectos de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en materia de control de regularidad constitucional de los actos legislativos", en *Revista de Derecho Público*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, núm. 35, 2009, pp. 95-113.

_____, "El amparo en Uruguay", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917 /*

Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Querétaro, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/UNAM/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 255-273.

_____, "El amparo en Uruguay", en Manilli, Pablo Luis (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010, pp. 315-339.

_____, "Estudio Nacional sobre el Sistema de Justicia Constitucional: Uruguay", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, t. XII, núm. 67-72, 1996, pp. 185-266.

_____, "Interpretación constitucional / su importancia en el tránsito del sistema autoritario al Estado constitucional de Derecho en Uruguay (1985-2008)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, t. II, 2008, pp. 3-20.

_____, "La inconstitucionalidad de oficio en el derecho constitucional uruguayo", *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, CECOCH, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 251-262.

_____, "La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya", en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional / Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM/Marcial Pons, t. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, 2008, pp. 257-279.

_____, "La jurisdicción constitucional en Uruguay", en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coords.),

La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Madrid, Eds. Dykinson S. L., 1997, pp. 901-927.

_____, "La vigencia de la ley en la fecha del caso concreto como requisito para su declaración de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 74, 1974, pp.147-151.

_____, "Nuevamente sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto de la inclusión en las leyes presupuestarias o de rendición de cuentas de disposiciones comprendidas en las prohibiciones establecidas por inc. 2º del art. 216 de la Constitución", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, No. 39, t. VII, pp. 299-303.

_____, "Otra vez sobre el efecto de la sentencia que declara, en solicitud formulada por vía de acción, la inconstitucionalidad y consiguiente inaplicabilidad de un acto legislativo", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, t. X, núm. 60, 1994, pp. 773-774.

_____, "Suprema Corte de Justicia (Uruguay)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Marcial Pons, 2009, pp. 487-502.

_____, "Una errónea e innecesaria interpretación del inciso 2º del artículo 216 de la Constitución", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 72, 2-4, 1972, pp. 69-75.

_____, "Una jurisprudencia errónea: los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, núm. 50, t. IX, 1992, pp.193-203.

_____, "Uruguay", en Amaya, Jorge Alejandro (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad / Sistemas latinoamericanos*, Buenos Aires, Astrea, vol. 2, 2018, pp. 467-499.

_____, "Uruguay", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, t. 1, 1, 1997, pp. 357-378.

_____, "Uruguay", en Astudillo, César y Eto Cruz, Gerardo (coords.), *Un centenario de los Tribunales Constitucionales. Su contribución a la consolidación del Estado Constitucional*, en prensa, 2021.

Figuroa Mejía, Giovanni A., "Sentencia constitucional", en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. 1001 voces, In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio*, 3a. ed., México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, t. II, 2021, pp. 1884-1886. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6439/16.pdf>» (recuperado 30-VII-2021).

Fraga, Juan José y Alzugaray, Álvaro, *En defensa de la justicia electoral*, Montevideo, 1955.

Gamarra Antes, Diego, "Interpretación de los enunciados constitucionales uruguayos y mutaciones en sentido débil", en *La Justicia Uruguaya*, Montevideo, LJU 149, D57, marzo de 2014.

_____, "La interpretación de la Constitución y la ley / Jueces, derechos y democracia", Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2018.

_____, "Legitimación activa para la promoción de procesos de inconstitucionalidad de actos legislativos en el ordenamiento jurídico uruguayo. Nuevas bases para la apreciación de su configuración", en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, núm. 30, 2016, pp. 21-46.

Gianola Martegani, Ariel, "La resolución anticipada de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 71, 1971, pp. 77-81.

Guariglia, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2009.

Jiménez de Aréchaga Mac Call, Justino, "La Constitución de 1952", Montevideo, Ed. Medina, 1953, pp. 177-195.

—————, "La Constitución Nacional", Montevideo, Ed. Medina, tomo I, 1946, pp. 99-124.

Larrieux Rodríguez, Jorge Tomás, "Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", en *Revista Judicatura*, Montevideo, núm. 33, 1992, pp. 167-179.

Risso Ferrand, Martín José, *Constitución y Estado de Derecho*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2021, pp. 211-255.

—————, *Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 173-220.

—————, "Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay", en *Estudios Constitucionales*, Chile, CECOCH, t. 1, 2014, pp. 239-283.

—————, "Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución", en *Estudios Constitucionales*, Chile, CECOCH, t. 1, 2017, pp. 217-254.

Rodríguez Galusso, Alicia, "Acción por lesión de autonomía", en *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, La Ley Uruguay, núm. 12, 2015, pp. 395-408.

Ruocco, Graciela, "Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, Edit. La Ley Uruguay, núm. 12, 2015, pp. 355-377.

Véscovi, Enrique, "El proceso de inconstitucionalidad de la ley", en *Cuaderno N° 18 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo 1967.

21. Las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Especial referencia a las sentencias normativas

Daniela Urosa Maggi*

* Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora Adjunta y Directora de la Clínica Jurídica International Human Rights Practicum, Boston College Law School.

SUMARIO: A. Fundamento y alcance constitucional de la jurisdicción constitucional en Venezuela. B. La jurisdicción normativa según la jurisprudencia de la Sala Constitucional. C. Supuestos en los que la Sala Constitucional ha extendido sus propias competencias mediante el ejercicio de jurisdicción normativa. D. Supuestos de activismo judicial en materia de interpretación constitucional: la Sala Constitucional como "constituyente positivo". E. Precedentes de la Sala Constitucional en los cuales actúa como legislador positivo en tanto adicionan al ordenamiento jurídico preceptos normativos que antes no existían. F. Precedentes de la Sala Constitucional en los cuales actúa como legislador positivo en tanto se modifican leyes preexistentes. G. Breves apreciaciones acerca de la inconstitucionalidad de las sentencias de contenido normativo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Conclusiones. H. Bibliografía básica.

A. Fundamento y alcance constitucional de la jurisdicción constitucional en Venezuela

I. Aspectos constitucionales fundamentales de la jurisdicción constitucional en Venezuela

El Título VIII, Capítulo I de la Constitución venezolana de 1999 se denomina "De la Garantía de esta Constitución". Según reseña la Exposición de Motivos de ese Texto Fundamental, dicho Capítulo establece las disposiciones fundamentales de la justicia constitucional, como mecanismo jurisdiccional de garantía de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, principios que también recoge el artículo 7 de la Carta Magna de 1999.

La justicia constitucional se ejerce, en Venezuela, a través de diferentes mecanismos que se complementan entre sí: de una parte, la Constitución asigna a todos los jueces, en el ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de "asegurar la integridad de la Constitución" (artículo 334

constitucional), obligación que todos los jueces de la República deben cumplir a través de diferentes vías: (i) en el curso de las causas y los procesos que les corresponde conocer según su competencia, (ii) mediante el conocimiento de demandas de amparo para la protección de derechos y garantías fundamentales y (iii) a través del control difuso de la constitucionalidad, en atención al cual "en caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales",¹ dejando sin efecto, para el caso concreto, la aplicación de la norma contraria a la Constitución, aún de oficio.

Pero, de otra parte, la justicia constitucional venezolana, que no en vano se ha calificado como un sistema mixto o integral, incluye además el control concentrado de la constitucionalidad de los actos y omisiones del poder público con rango de Ley, control que, por su propia naturaleza, es ejercido en exclusiva por un órgano jurisdiccional, que en el caso de Venezuela es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Así, la Constitución de 1999 es la primera de las constituciones de Venezuela que establece una Sala Constitucional en tanto órgano jurisdiccional especializado al que corresponde, en exclusiva, el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del poder público de rango de Ley. Dicha Sala se erige, por tanto, en la jurisdicción constitucional venezolana. El artículo 334 de la Constitución de 1999 lo expone claramente: "corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de Ley, cuando colidan con aquélla", ejercicio exclusivo del control concentrado de la constitucionalidad de los actos con rango de Ley que, según agrega la Exposición de Motivos, "no impide que la propia Constitución o las leyes, le atribuyan otras competencias en materia constitucional".

¹ Artículo 334 de la Constitución venezolana de 1999.

De esta manera, nace en el ordenamiento jurídico venezolano, en 1999, la Sala Constitucional como órgano jurisdiccional de ejercicio exclusivo de la jurisdicción constitucional, esto es, el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del poder público de rango legal, órgano jurisdiccional inserto dentro de la estructura del Tribunal Supremo de Justicia, cúspide del Poder Judicial venezolano. La creación de esta Sala no implica, ni mucho menos, que con anterioridad no existiera en Venezuela control concentrado de la constitucionalidad. Por el contrario, la Constitución venezolana de 1858 otorgó a la entonces Corte Suprema de Justicia competencia para "anular leyes provinciales contrarias a la Constitución", facultad que a partir de la Constitución de 1925 se ejerció a través de un medio procesal específico, como lo es la acción de inconstitucionalidad de actos de efectos generales —luego especificados como actos de rango legal— la cual fue competencia exclusiva de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia hasta la Constitución de 1999 que, como se dijo, creó la Sala Constitucional. Por ende, la novedad de la Constitución de 1999, en lo que al control concentrado de la constitucionalidad se refiere, fue haber creado un órgano jurisdiccional especial cuya función primordial es el ejercicio de ese control de la constitucionalidad de los actos y omisiones de rango legal, esto es, haber creado la jurisdicción constitucional.

Entre las atribuciones que la Constitución de 1999 otorgó a la Sala Constitucional, establecidas en su artículo 336, destaca la competencia para "declarar la nulidad total o parcial" de las leyes nacionales, estatales y municipales y de los actos con rango de Ley o en ejecución directa e inmediata de la Constitución del Ejecutivo Nacional y de "cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público", cuando tales actos colidan con la Constitución.² La pretensión objeto de esa demanda de nulidad es, como la norma constitucional lo indica, la *nulidad parcial o total* del acto cuando este colida con la Constitución. La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 establece, en los mismos términos,

² Artículo 336, numerales 1 al 4 de la Constitución de 1999.

la competencia de la Sala Constitucional para declarar la nulidad de actos de rango legal y sólo agrega que, en caso de sentencias estimatorias de nulidad, esa Sala determinará los efectos de la decisión en el tiempo y ordenará su publicación en la Gaceta oficial.

II. Contenido y efectos de las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En Venezuela, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual regula los aspectos fundamentales de la justicia constitucional, no detalla ni el contenido de las sentencias que puedan dictarse en los procesos constitucionales, ni sus efectos jurídico-procesales, ni el modo de ejecución de las sentencias de la Sala Constitucional. Ello ha dado un margen extremadamente amplio a dicha Sala Constitucional, la cual ha optado, a veces, por dictar sentencias interpretativas, modificativas y aditivas que, en ejercicio de la denominada jurisdicción normativa, han modificado expresamente normas legales. En otras ocasiones se han dictado sentencias fijando interpretaciones *in abstracto* de la Constitución y las leyes con carácter *general y obligatorio* para el resto de los tribunales, los demás poderes públicos y los ciudadanos.³

La Sala Constitucional tiene, además, una amplia discrecionalidad al momento de determinar los efectos temporales de sus sentencias estimatorias de inconstitucionalidad —efectos *ex tunc* o hacia el pasado o *ex nunc* o hacia el futuro—, los cuales son fijados por esa Sala en cada caso concreto, sin que haya un patrón legislativo específico para estos supuestos.⁴

³ Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional como legislador positivo*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

⁴ Al respecto, *vid.* Casal Hernández, J. y Urosa Maggi, Daniela, "La Jurisdicción Constitucional en Venezuela", en Von Bogdandy, A. Casal, J.M. y Morales Antoniazzi, M. (edit.), *La jurisdicción constitucional en América Latina: Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Bogotá, Max Planck Institute/Universidad del Externado de Colombia, 2019.

III. Las sentencias "normativas" y la Sala Constitucional como legislador positivo

Tal como señalábamos previamente, el Constituyente y el legislador venezolanos regulan el control concentrado de la constitucionalidad de los actos del poder público siguiendo, *grosso modo*, las características originarias que Hans Kelsen otorgara a ese control, propios de un "legislador negativo", que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y el acto de rango legal deja a este último sin efecto, anulándolo y borrándolo del mundo jurídico.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha demostrado, desde sus inicios, una sistemática y creciente ampliación de sus potestades anulatorias, desde que en muchas ocasiones no se limita a la declaratoria de nulidad de la norma o acto contrario a la Constitución, sino que, además, procede a su sustitución, modificación o adición.

Ese activismo judicial que se traduce, en muchos casos, en manifestaciones de la Sala Constitucional como legislador positivo tiene como fundamento el ejercicio de la "jurisdicción normativa" que la propia Sala ha entendido dentro de sus potestades. Los precedentes dictados en este sentido pueden ordenarse en dos grandes ámbitos: (i) aquellos en los cuales la Sala ha actuado como legislador positivo en el otorgamiento y determinación de sus propias competencias; y (ii) aquellos en los cuales la Sala Constitucional ha actuado como legislador positivo en materias sustantivas de las que ha conocido, integrando o modificando el ordenamiento jurídico legal.

En consecuencia, en las siguientes páginas analizaremos la llamada jurisdicción normativa en tanto fundamento o justificación de la Sala Constitucional venezolana para actuar como legislador positivo, su origen, contenido y alcance; en segundo lugar expondremos cuáles son los precedentes en los que se ha aplicado esa jurisdicción normativa al dictarse sentencias interpretativas, aditivas y modificativas de normas

jurídicas vigentes por otras;⁵ y en tercer lugar, analizaremos en qué medida el ejercicio de esa jurisdicción normativa y las actuaciones como legislador positivo son contrarias o no a la Constitución venezolana de 1999.⁶

Lamentablemente debemos señalar desde ya, y como hemos expuesto en otras oportunidades, que el ejercicio de la jurisdicción normativa y las sentencias aditivas o normativas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sido con frecuencia soporte del régimen autoritario que gobierna en este país. Así, lejos de cumplir con su función constitucional de último garante de la supremacía constitucional y piedra angular del Estado de Derecho, la Sala Constitucional ha dado sustento jurídico a las actuaciones arbitrarias del Poder Ejecutivo y en ocasiones del Poder Legislativo, la mayoría de las veces mediante sentencias aditivas o normativas, logrando el avance del autoritarismo y el desmantelamiento del Estado de Derecho en Venezuela.⁷

B. La jurisdicción normativa según la jurisprudencia de la Sala Constitucional

Desde la primera sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, a partir de su creación por la Constitución venezolana de 1999, ella ha actuado como legislador positivo, es decir, ha dictado sentencias que van más allá de la mera nulidad de

⁵ El texto de las sentencias que se analizan puede consultarse en: «<http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>».

⁶ El tema de las Cortes Constitucionales como legislador positivo es un asunto que ha ocupado prioritaria importancia en la doctrina desde décadas atrás. Vid. Brewer-Carías, Allan R., *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2011, libro publicado con ocasión al Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado 2011; y más recientemente, Florczak-Wator, Monika (editora), *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, Londres, Routledge, 2020. En el marco del Derecho venezolano, vid. Urosa Maggi, Daniela, *La Sala Constitucional como legislador positivo*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/EJV, 2009.

⁷ Urosa Maggi, Daniela, "El rol de las Cortes Constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo", en Aveledo, Casal y Urosa Maggi, Daniela (coords.), *Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2018-2020*, Caracas, UCAB/Instituto Fermín Toro/CIDEP, 2021, pp. 39 y ss.

la ley, con claro contenido normativo. Ha sido, como antes se dijo, una característica constante en sus decisiones. Tal proceder se ha sustentado en el ejercicio de una "jurisdicción normativa" que la misma Sala se ha atribuido, y que consiste en que, "mientras no se dicten las leyes que desarrollan determinados preceptos constitucionales, la propia Sala regulará normativa y provisionalmente la materia, dando así aplicación y vigencia inmediata a la norma constitucional".

La sentencia de la Sala Constitucional en la que se afirmó y explicó el alcance de esa "jurisdicción normativa" fue la decisión n° 1571 del 22 de agosto de 2001 (caso AsoDeviprilara), la cual se ha reiterado posteriormente en muchas oportunidades. Por cuanto el artículo 335 de la Constitución de 1999 ha sido el anclaje otorgado por la Sala a la existencia de esa jurisdicción normativa, vale señalar el contenido de esa norma constitucional:

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Con fundamento entonces en ese artículo 335 de la Constitución y a partir del argumento de que las normas constitucionales son de aplicación directa y su efectividad no puede supeditarse al desarrollo eventual que establezca el legislador, la Sala Constitucional determinó en dicha sentencia n° 1571/01 que "en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente".

En consecuencia, la Sala Constitucional justifica el ejercicio de jurisdicción normativa en el carácter no programático de las normas constitucionales, especialmente las que regulan derechos fundamentales, por lo que, en ausencia de ley, ella se considera obligada a ejercer jurisdicción normativa para dar operatividad directa al derecho fundamental o, en general, a la norma constitucional. Para la Sala Constitucional, la propia Constitución de 1999, en su artículo 335, "permite la jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta Fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando en suspenso su efectividad en el tiempo", impidiendo así lo que la propia Sala denomina "inmovilismo constitucional".

En este sentido, considera la Sala Constitucional que no le son aplicables los principios generales del derecho procesal, específicamente el principio dispositivo, sino que, por cuanto está en juego "la aplicación directa de los derechos constitucionales", la jurisdicción constitucional actúa de manera más inquisitiva.

En atención a esa jurisdicción normativa que la Sala Constitucional se ha atribuido, han sido muy frecuentes los precedentes en los que la Sala ha actuado como legislador positivo. Ese carácter se ha manifestado especialmente en tres ámbitos: (i) legislador positivo en el otorgamiento y determinación de sus propias competencias; (ii) como legislador positivo en la determinación y fases de diversos procesos judiciales; y (iii) como legislador positivo en materias sustantivas de las que ha conocido, integrando o modificando, el ordenamiento jurídico constitucional y legal. Analicemos cada una de ellas.

C. Supuestos en los que la Sala Constitucional ha extendido sus propias competencias mediante el ejercicio de jurisdicción normativa

El artículo 336 de la Constitución estableció las competencias de la Sala Constitucional, entre las que incluyó la nulidad de los actos dictados en

ejecución directa e inmediata de la Constitución de todos los órganos del poder público; el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación; el control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas; la resolución de colisiones entre normas legales; la resolución de controversias constitucionales entre órganos del poder público; la revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República y "las demás que establezcan esta Constitución y la ley", lo que afirma el carácter de reserva legal del otorgamiento de sus competencias, como órgano del poder público que es.

Ahora bien, a esas competencias se han sumado otras que ha establecido la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional, esto es, competencias que la Sala misma se ha atribuido.

I. Competencias en materia de amparo constitucional

Uno de los medios procesales que existen en el ordenamiento jurídico venezolano para ejercer la justicia constitucional, incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1961, es la demanda o acción de amparo constitucional. El objeto de esa demanda es la protección breve, sumaria y eficaz de los derechos fundamentales y la ejercen todos los tribunales de la República, según la afinidad de los derechos lesionados. El amparo constitucional se ha entendido en Venezuela, tradicionalmente, no sólo desde esa perspectiva procesal, sino que además es, en sí mismo, un derecho fundamental: "el derecho de todos los habitantes de exigir ante los tribunales, la protección y restablecimiento del goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento breve y sumario".

El desarrollo de los aspectos adjetivos de ese derecho fundamental se realizó, en el ordenamiento jurídico venezolano, a través de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sancionada en 1988. La Constitución de 1999 mantuvo, en su artículo 27, ese

derecho fundamental al amparo constitucional de los derechos y las garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a través de medios judiciales breves, gratuitos y antiformalistas. De este modo, la nueva Constitución mantuvo en esencia la concepción tradicional del amparo constitucional.

No obstante, en las primeras sentencias que dictó la Sala Constitucional luego de su creación, dicha Sala consideró que debía adaptar la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a la nueva concepción del amparo de la Constitución de 1999 y, en consecuencia, "procedió a modificar la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales", tanto en lo que respecta a las competencias como al procedimiento establecido en esa ley.

1. Modificación de las competencias para conocer de las demandas de amparo

Nos referimos, concretamente, a las sentencias n° 1 y 2, ambas de 20 de enero de 2000 (casos Emery Mata Millán y Domingo Ramírez Monja), mediante las cuales la Sala Constitucional modificó, de oficio, los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y redistribuyó la competencia de los tribunales de instancia y de esa Sala en materia de amparo constitucional. En definitiva, a partir de esas decisiones, la competencia de los tribunales, en primera y segunda instancia de las distintas modalidades de amparo constitucional (amparo contra decisiones judiciales, amparo contra actuaciones administrativas, amparo contra actos normativos), así como en consulta y revisión de todos los fallos de amparo por parte de esa Sala, es la establecida en dichas sentencias y no ya la que establece la Ley Orgánica de Amparo, aun cuando ésta, a casi 10 años de la nueva Constitución, aún está vigente, pues no ha sido formalmente derogada ni anulada.

2 Modificación del procedimiento de la demanda de amparo constitucional

En la sentencia n° 7 de 1 de febrero de 2000 (caso José Amando Mejía), la Sala Constitucional consideró, nuevamente de oficio, que "La aplicación inmediata del artículo 27 de la vigente Constitución, conmina a la Sala a adaptar el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27" y a las prescripciones del artículo 49 *eiusdem*. Para ello la Sala se fundamentó en su condición de "máximo intérprete de la Constitución".

Dicha reforma del procedimiento de amparo resultó más sustancial que formal. Desde que modificó las fases procesales, estableció la celebración de dos audiencias orales, modificó los lapsos procesales de esas fases el régimen probatorio y la oportunidad de dictar sentencia, diferenciando además el caso de que se trate de amparo contra decisiones judiciales del resto de las modalidades de amparo, todo ello con carácter vinculante para el resto de los tribunales de la República.

En definitiva, los aspectos procesales de la demanda de amparo constitucional, especialmente los relativos a la competencia y al procedimiento a seguir son, en la actualidad, los que ha establecido la Sala Constitucional en sus sentencias citadas, a pesar de que esa regulación pretoriana colide con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que aún está vigente y sin que mediara declaratoria alguna de nulidad previa de esa Ley. La Sala Constitucional, de oficio y con carácter vinculante, actuó como legislador positivo y modificó sustancialmente el régimen adjetivo del amparo constitucional establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

II. Competencias en materia de recurso extraordinario de revisión de sentencias

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el control difuso de la constitucionalidad lo ejercían en Venezuela todos los jueces

de la República; no obstante, sus decisiones en esa materia sólo eran revisadas por el juez de segunda instancia respectivo mediante recurso de apelación y, de ser el caso, mediante el recurso extraordinario de casación. Del mismo modo, las sentencias que dictaban los jueces de la República en materia de amparo constitucional eran objeto de impugnación mediante sentencia de segunda instancia, fuera mediante apelación, fuera a través de consulta.

La Constitución de 1999 modificó esta situación. Así, con la creación de la Sala Constitucional, se le otorgó, entre otras, la competencia para "revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva" (artículo 336, ordinal 10). El fundamento de esa competencia es el artículo 335 de la misma Constitución, según el cual la Sala Constitucional debe velar por una uniforme interpretación y aplicación de la Constitución, y de allí que para el constituyente las sentencias de ejercicio del control difuso de la constitucionalidad y las sentencias de amparo constitucional definitivamente firmes sean susceptibles de revisión por la Sala "en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva".

Ahora bien, antes de que se dictara esa Ley Orgánica respectiva, la propia Sala Constitucional, mediante sentencia n° 93 de 6 de febrero de 2001 (caso CORPOTURISMO), en ejercicio de la que ella misma denomina "jurisprudencia interpretativa" y con fundamento "en su carácter de máximo intérprete de la Constitución", determinó "cuál es el ámbito de la potestad extraordinaria de revisión de sentencias definitivamente firmes que la Constitución le otorga".

En ese sentido, la sentencia estableció que la Sala Constitucional no sólo tiene potestad para revisar las sentencias dictadas por "los tribunales de la República" —que es lo que dispone el artículo 336, ordinal 10— sino también las sentencias dictadas por las demás Salas del Tribunal

Supremo de Justicia. En consecuencia, y en primer lugar, la Sala Constitucional amplió el ámbito subjetivo de sus competencias de revisión de sentencias de otros tribunales, a sentencias de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

En segundo lugar, también amplió el ámbito objetivo de esa competencia, cuando en la misma sentencia n° 93 de 2001 estableció que puede revisar no sólo las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control difuso, sino además cualesquiera "sentencias definitivamente firmes que se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido esta Sala", con independencia de la naturaleza del juicio en que las mismas se hayan dictado. Esta "interpretación" de sus competencias se traduce en la práctica en una autoatribución de competencias no establecidas expresamente en la Constitución.

Debe señalarse que con posterioridad a esa sentencia n° 93/01 de la Sala Constitucional fue promulgada en 2004 la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual estableció como competencias de la Sala Constitucional la revisión de sentencias definitivamente firmes de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República en materia de amparo constitucional, en las que se ejerciera el control difuso, o bien "sentencias dictadas *por una de las Salas*, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución [...] Tratados, Pactos o Convenios Internacionales [...] o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación" (artículo 5, ordinales 4, 16 y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Nótese que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia redujo las competencias de la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias, pues esta nueva Ley no incluyó la competencia para revisar las sentencias de cualquier Tribunal de la República que contradigan las interpretaciones de esa Sala.

A pesar de esa reducción de competencias por parte de la Ley, la Sala Constitucional estableció, mediante sentencia n° 1992 de 8 de septiembre de 2004 (caso Peter Hofle) que su competencia en materia de revisión de sentencias sigue siendo la que, con anterioridad a esa Ley, ella misma determinó en la sentencia 93/2001, bajo el criterio de que aquella desarrolló el artículo 336, numeral 10, de la Constitución. No obstante, según expusimos anteriormente, los supuestos de esa decisión de 2001 fueron mucho más allá de la letra de ese artículo 336, numeral 10, constitucional.

III. Competencia para conocer del recurso de interpretación de la Constitución

El artículo 336 de la Constitución de 1999, norma que enumera las competencias de la Sala Constitucional, no incluye facultad alguna que le permita a ese órgano jurisdiccional realizar una interpretación *in abstracto* de la Constitución a través de una solicitud o demanda de interpretación constitucional.

No obstante, la Sala Constitucional ejerció su jurisdicción normativa y entendió que tiene competencia para *conocer de solicitudes o recursos de interpretación de las normas constitucionales*. Concretamente, mediante la sentencia n° 1077 de 22 de septiembre de 2000 (caso Servio Tulio León), la Sala declaró la existencia de un medio procesal no previsto expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, ni en la Constitución ni en la Ley, al cual denominó "recurso de interpretación constitucional" y se atribuyó la competencia para su conocimiento, de nuevo, fundamentándose en su condición de "máximo y último intérprete de la Constitución" según el artículo 335 de la Constitución.

En esa misma sentencia n° 1077/00 que creó el recurso de interpretación constitucional, además de que se determinó que la competencia para su conocimiento es exclusiva de la Sala Constitucional, se estableció también su alcance, la legitimación y el procedimiento a seguir; en definitiva, se regularon los aspectos sustantivos y adjetivos de este nuevo

medio procesal de la jurisdicción constitucional.⁸ Tales aspectos adjetivos fueron luego complementados en la sentencia n° 1415 de 22 de noviembre de 2000 (caso Freddy Rangel Rojas).

Cabe destacar que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no recogió, entre las competencias de la Sala Constitucional, la de conocer recursos de interpretación constitucional. Así, su artículo 5, ordinal 52, reguló, siguiendo los lineamientos del artículo 266, numeral 6, de la Constitución de 1999, el recurso de interpretación "de textos legales" y distribuyó la competencia para su conocimiento según "la Sala afin con la materia debatida". De esta manera, el recurso de interpretación constitucional sigue estando fundamentado en el ejercicio de la jurisdicción normativa de la Sala Constitucional y carece de base constitucional y legal.

Por último, conviene mencionar la sentencia de la Sala Constitucional n° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso inejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), mediante la cual se extendió más el alcance de esa competencia de interpretación constitucional. En esta nueva oportunidad la Sala se atribuyó la facultad de determinar "el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre esta Convención Internacional y la Constitución Nacional".

En ese caso concreto, se trataba de la "interpretación acerca de la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorpo-

⁸ La sentencia n° 1077/2000 contó con un voto concurrente, en el cual se expuso que ese nuevo medio procesal "recurso de interpretación constitucional", además de no estar previsto en la Constitución ni en la Ley, es improcedente porque la interpretación que la Sala Constitucional realiza de las normas constitucionales no debe ser, nunca, en abstracto ni con un alcance académico, sino eventual, es decir, en el marco de las competencias de control de la constitucionalidad de actos de rango legal que sí le corresponden en ejercicio de la jurisdicción constitucional.

ración en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo", de manera que se incluyó, como objeto de ese recurso de interpretación de normas constitucionales, no una norma, sino una sentencia, emanada además de un organismo internacional.

Tal inclusión surge, por demás, cuestionable, puesto que no se trata siquiera de la hipótesis —también cuestionable— de interpretación de un precepto supranacional, sino que se trataba de una *sentencia*, esto es, de un acto jurisdiccional de un organismo internacional, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es una máxima que los actos jurisdiccionales no son actos susceptibles de "interpretación", sino que son actos ejecutivos y de obligatorio cumplimiento para las partes, las cuales, en caso de duda, podrían solicitar aclaratoria ante el propio tribunal que lo dictó. Tan era evidente la inoperancia de esa "interpretación" de dicho fallo, que el dispositivo de la sentencia n° 1939/08 de la Sala Constitucional no interpretó nada y se limitó a declarar "inejecutable" la sentencia de la Corte Interamericana.

De manera que esta sentencia constituye un ejemplo de la inseguridad jurídica que implica que una competencia —la de interpretación— no tenga fundamento constitucional o legal sino sólo jurisprudencial y, en consecuencia, esa misma jurisprudencia puede ir "moldeando" y ampliando la competencia de interpretación a nuevos supuestos según las circunstancias de casos concretos y no en abstracto y de manera previa, como debe ser el otorgamiento de competencias.

IV. Competencias en materia de control concentrado de la constitucionalidad de leyes y demás actos de rango legal

1. Inclusión jurisprudencial de la competencia de control incidental de leyes

Se entiende por control incidental aquella modalidad de control concentrado de leyes y demás actos de rango legal, que se ejerce, normalmente

de oficio, en el curso de un procedimiento judicial cuyo objeto inicial no es la pretensión de nulidad de esa ley.⁹

La Constitución de 1999 no estableció, entre las competencias de la Sala Constitucional, la posibilidad de ejercer control incidental, y limitó el control concentrado de la constitucionalidad a través de la demanda o recurso de nulidad por inconstitucionalidad, el cual es un medio de control posterior de la constitucionalidad, ejercido a instancia de parte, en el que el objeto principal de la demanda es la nulidad de la ley.

No obstante, al menos en dos oportunidades la Sala Constitucional consideró procedente el ejercicio de control incidental de la constitucionalidad de leyes. Así, en la sentencia n° 2588 de 11 de diciembre de 2001 (caso Yrene Martínez), la Sala Constitucional declaró, por vía incidental y de oficio, la invalidez sobrevinida de una norma legal. De esta manera, la Sala Constitucional reconoció que, si bien la Constitución no establece expresamente su competencia para ejercer control incidental de la constitucionalidad, es "congruente" con la naturaleza de sus funciones tal atribución y, por ende, "declara" su propia facultad.

En posterior oportunidad la Sala Constitucional volvió a ejercer ese control incidental, concretamente, mediante la sentencia n° 806 de 24 de abril de 2002 (caso Sintracemento), en la cual declaró incidentalmente la nulidad del artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, téngase en cuenta que esa facultad de ejercicio de control incidental de la constitucionalidad resultó posteriormente prohibida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, cuyo artículo 5, segundo aparte, establece que "[...] el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los tér-

⁹ Al respecto, *vid.*, Escudero León, Margarita, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 162 y ss.

minos previstos en esta Ley, *la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad [...]*".

Esa prohibición legal de ejercicio de control incidental de constitucionalidad resulta, en nuestra opinión, acertada, pues tal modalidad de control se ha justificado, en el derecho comparado, en ordenamientos jurídicos, en los cuales no existe control difuso de la constitucionalidad (por ejemplo, España) y, en consecuencia, es un remedio frente a la inconstitucionalidad de normas, que se utiliza en el curso de un proceso judicial seguido ante jueces de instancia, quienes plantean en consecuencia el incidente de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No obstante, en el caso de Venezuela, en el que todos los tribunales de la República, incluida la Sala Constitucional, tienen la facultad de desaplicar al caso concreto la norma inconstitucional mediante control difuso, no hay razón para prever, además, control incidental de constitucionalidad.

2. Modificación del procedimiento de los juicios de nulidad

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia estableció el procedimiento a seguir para tramitar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad de leyes y demás actos de rango legal, procedimiento que, vale acotar, es común para los juicios de nulidad de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, a pocos meses de la entrada en vigor de esta Ley, la Sala Constitucional dictó una sentencia, la n° 1645 de 19 de agosto de 2004 (caso Gregorio Pérez Vargas), mediante la cual se modificó en lo sustancial el procedimiento establecido para la tramitación de los juicios de nulidad de leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución y se estableció el "nuevo" procedimiento a seguir en estos casos.

Esta regulación jurisprudencial de un nuevo procedimiento para los juicios de nulidad de leyes y actos de rango legal, "se hizo sin que mediara declaratoria alguna de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia", ni tampoco desaplicación a través del control difuso de sus normas, simplemente se procedió a su "modificación" a través de una "sentencia interpretativa" en ejercicio de la "jurisdicción normativa", y se ordenó su publicación en la Gaceta Oficial.

En complemento de la decisión que se comenta, la Sala Constitucional dictó una segunda sentencia, la n° 1795 de 19 de julio de 2005 (caso Promotora San Gabriel), en la cual precisaron otros aspectos procesales no incluidos en la sentencia anterior, como es el caso de la tramitación de los procesos de nulidad cuando se acumulen pretensiones o medidas cautelares y, asimismo, precisó los lapsos para la publicación del cartel de emplazamiento de los interesados que quieran hacerse parte en el juicio.

De esta manera, queda en evidencia cómo la Sala Constitucional ha moldeado también sus competencias en materia de recursos de nulidad y de control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango legal. No sucedió aquí lo ocurrido con el llamado recurso de interpretación constitucional o con el recurso de revisión, esto es, no se trató de una autoatribución de competencia, ni se reguló el aspecto sustantivo de ella, pero sí su aspecto adjetivo: el procedimiento a seguir, a pesar de que la Ley regulaba suficiente y detalladamente un procedimiento para esos casos. Las deficiencias, que no negamos, del procedimiento establecido por el legislador, no eran razón suficiente para que la Sala Constitucional modificara y sustituyera ese procedimiento por el que ella creó pretorianamente.

V. Competencias en materia de control de inconstitucionalidad por omisión

El artículo 336, numeral 7, de la Constitución de 1999 establece la competencia de la Sala Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo. Se trata de una atribución

ciertamente innovadora que incorporó por primera vez el Texto Fundamental de 1999. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia reiteró, dentro de las competencias de la Sala Constitucional, el control de las omisiones legislativas e incluso amplió sustancialmente el ámbito de ese control, al incluir las conductas omisivas de "cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución".

Ahora bien, ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia regularon ninguno de los aspectos procesales o adjetivos de ese control de constitucionalidad por omisión, sino que, como se dijo, se limitaron a enunciar la competencia de la Sala Constitucional. Frente a esa ausencia de legislación, la Sala determinó, mediante la sentencia n° 1556 de 9 de julio de 2002 (caso Alfonso Albornozy Gloria de Vicentini) la regulación procedimental de esa demanda, aplicable hasta tanto sea regulada por Ley. Para establecer esa regulación, la Sala Constitucional invocó el ejercicio de su "jurisdicción normativa" a la que antes se hizo alusión.

Ahora bien, aun cuando la propia Sala Constitucional expresó que la determinación de todos estos supuestos le correspondía *en ejercicio de la jurisdicción normativa*, lo cierto es que, en nuestra opinión, no hacía falta el ejercicio de esa supuesta potestad, pues estando suficientemente determinada la competencia en la Constitución de 1999 y posteriormente complementada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, la determinación del procedimiento podía realizarse en atención al artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual "cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal". Por cuanto en el caso del ejercicio de la potestad de control de constitucionalidad por omisión no existía un procedimiento especial legalmente establecido, la Sala Constitucional podía, de conformidad con esa norma —y no en ejercicio de jurisdicción normativa

alguna— determinar la aplicación de otro procedimiento *por analogía*, como se hizo, en este caso, con el procedimiento propio del recurso de nulidad de leyes.

VI. Competencia en materia de demandas de protección de intereses difusos y colectivos

1. Creación de una "demanda de protección de intereses difusos y colectivos"

A partir de la Constitución venezolana de 1999, el *derecho a la tutela judicial efectiva* se extiende, según dispone expresamente su artículo 26, a los intereses individuales y colectivos. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha interpretado esta disposición, en concreto, desde la sentencia n° 656 de 30 de junio de 2000 (caso Dilia Parra Guillén), admitiendo que los *derechos difusos o colectivos* pueden legitimar a determinada persona —con vínculos precisos respecto de tales derechos— para incoar cualquier tipo de acción, incluso la de amparo constitucional.

En esa sentencia, la Sala Constitucional estableció que ese derecho fundamental debe contar con operatividad inmediata, no sujeta a previo desarrollo legislativo. En consecuencia, estableció que hasta en tanto se dicte la legislación correspondiente que regule el ejercicio y régimen procesal de los derechos e intereses supraindividuales, su tutela judicial se realizará a través de una demanda de protección de intereses difusos y colectivos, cuyo conocimiento corresponde, en exclusiva, a esa Sala, mediante el procedimiento que ella misma determine al efecto.

En este caso, una vez más, la Sala Constitucional hace uso de su jurisdicción normativa, bajo la justificación de la *operatividad inmediata de los derechos fundamentales*, y con ella creó un medio procesal: la *demanda de protección de intereses difusos y colectivos* determinó que será de competencia exclusiva de esa Sala y estableció los presupuestos procesales y el alcance de la sentencia en estos casos.

2. Procedimiento a seguir y legitimación en las "demandas de protección de intereses difusos y colectivos"

En la sentencia n° 1571 de 22 de agosto de 2001 (caso ASODEVIPRILARA) que antes se mencionó, la Sala Constitucional determinó el procedimiento a seguir en estas demandas de protección de intereses difusos y colectivos, y a tal efecto aplicó el juicio oral del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, mediante la sentencia n° 1395 de 21 de noviembre de 2000 (caso William Dávila) la Sala Constitucional estableció quiénes tienen legitimación para intentar esta demanda y qué personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, e incluso órganos sin personalidad jurídica pueden ser titulares de derechos colectivos o difusos.

VII. Competencias en materia de *habeas data*

El artículo 28 de la Constitución venezolana de 1999 reconoció el derecho al acceso a la información y a los datos sobre el individuo o sus bienes que consten en registros oficiales o privados, así como el derecho de solicitar judicialmente la actualización, rectificación o la destrucción de los datos erróneos o que afecten ilegítimamente sus derechos. Asimismo, consagró el derecho de comunidades y grupos de personas a acceder a documentos que contengan información que sea de su interés.

Tratándose de un derecho de reciente incorporación en el marco constitucional venezolano, no contaba con un régimen legal que desarrollase un modo especial de ejercicio de su garantía jurisdiccional, dejando a salvo por supuesto la procedencia del amparo constitucional, siempre posible en tanto se trata de un derecho fundamental.

Mediante la sentencia n° 332 de 14 de marzo de 2001 (caso INSACA) la Sala Constitucional estableció que el ejercicio de ese derecho podía protegerse no sólo a través del amparo constitucional, sino además mediante

una demanda autónoma de *habeas data*, caso en el cual la misma Sala establecería el procedimiento a seguir y asumiría siempre la competencia para conocer de la demanda "permitiendo por esta vía que situaciones fundadas en el artículo 28 constitucional, pero que no se subsumen en los supuestos del amparo constitucional, puedan ser resueltas".

La creación de esa demanda de *habeas data* y la autoatribución de la competencia para su conocimiento fueron fundamentadas por la Sala Constitucional en el mismo criterio que ha sostenido en otros de los casos en los que ha ejercido jurisdicción normativa: la aplicación directa de las normas constitucionales "y que cuando las leyes no han desarrollado su ejercicio y se requiere acudir a los tribunales de justicia, debido a la aplicación directa de dichas normas, es la jurisdicción constitucional, representada por esta Sala Constitucional, la que conocerá de las controversias que surjan con motivo de las normas constitucionales aún no desarrolladas legislativamente".

De esta manera, la sentencia n° 332/01 estableció, además, con carácter vinculante, todos los aspectos procesales de esa demanda de *habeas data* por ella creada. No obstante, de esos aspectos procesales, concretamente el procedimiento a seguir en estos casos ha sido modificado en varias oportunidades posteriores. Primero, mediante la sentencia n° 2551 de 24 de septiembre de 2003 (caso Jaime Ojeda) y luego mediante la sentencia n° 1511 de 9 de noviembre de 2009 (caso Mercedes Josefina Ramírez) con la finalidad de establecer "un procedimiento más breve que permita pronta decisión judicial, y por tanto, más idóneo con la necesidad de tutela expedita de los derechos constitucionales aludidos en el artículo 28 Constitucional".

En nuestro criterio, no hacía falta crear, jurisprudencialmente, un medio procesal nuevo ni de exclusiva competencia de la Sala Constitucional. Como se dijo anteriormente, tratándose de un derecho fundamental —el derecho de acceso a datos e informaciones propias y a la rectificación de los mismos— su garantía está plenamente cubierta con el amparo cons-

tucional. Asunto distinto es que posteriormente el legislador, no así la jurisprudencia, estableciera y regulara una demanda de *habeas data* en la que se diera una protección distinta a la del amparo, por ejemplo, que permitiera el planteamiento de pretensiones indemnizatorias.

D. Supuestos de activismo judicial en materia de interpretación constitucional: la Sala Constitucional como "constituyente positivo"

Uno de los supuestos que la doctrina venezolana ha entendido como característico del activismo judicial del juez constitucional venezolano ha sido el caso del ejercicio de la facultad de interpretación constitucional, que la Sala Constitucional, según antes se dijo, se atribuyó como competencia.¹⁰ Así, en algunos precedentes dictados como consecuencia de recursos o solicitudes de interpretación constitucional, se han verificado importantes modificaciones al contenido de determinados preceptos constitucionales, traduciéndose en verdaderas mutaciones constitucionales.¹¹

Muchas de las decisiones que antes se relataron, como son la sentencia n° 1077/00 (caso Servio Tulio León), la sentencia n° 93/01 (caso CORPOTURISMO) y la sentencia n° 1939/08 (caso inexecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), así como la sentencia n° 1942/03 (caso Rafael Chavero), son ejemplos de sentencias en las que la Sala Constitucional introdujo modificaciones al texto literal —y sin ambigüedades— de normas constitucionales. En seguida, se plantean otros de los casos más relevantes en los que esa Sala ha actuado como "constituyente positivo", en tanto modifica o adiciona supuestos de hecho o consecuencias jurídicas de normas de rango constitucional.

¹⁰ Escudero León, Margarita, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, op. cit., pp. 282 y ss.

¹¹ Sobre las mutaciones constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, vid. Brewer-Carías, Allan R., "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 180, 2009, pp. 383-418.

a. Sentencias n° 6 de 27 de enero de 2000 (caso Milagros Gómez y otros) y n° 180 de 28 de marzo de 2000 (caso Allan Brewer-Carías y otros): legitimación del régimen de transición constitucional aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente.

El 15 de diciembre de 1999 los electores venezolanos aprobaron un nuevo Texto Constitucional, redactado y sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente, cuyas facultades surgieron de un Estatuto de funcionamiento aprobado mediante referendo consultivo en abril de 1999. Las funciones de esa Asamblea Nacional Constituyente eran, pues, las de redactar y sancionar una nueva Constitución que sería presentada a los electores para su aprobación.

No obstante, luego de esa aprobación popular del 15 de diciembre de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente dictó, el día 29 del mismo mes y año, un Decreto de Régimen de Transición del Poder Público con el objeto de "permitir la vigencia inmediata de la Constitución" (artículo 1). En virtud de ese régimen se dictaron una serie de normas que pretendieron "desarrollar" y "complementar" las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución (artículo 2 del Decreto), con lo cual se eliminó el antiguo órgano legislativo nacional (Congreso de la República) y se nombró, en sustitución de éste, una Comisión Legislativa Nacional —no prevista en la Constitución— hasta tanto se efectuaren elecciones legislativas; se disolvieron las Asambleas Legislativas de los Estados; se suprimieron y modificaron los órganos Ejecutivo y Legislativo regionales; se suprimió la hasta entonces Corte Suprema de Justicia; se intervino y modificó el régimen estatutario judicial, se fijó el número de Magistrados de las Salas del Tribunal Supremo y se procedió al nombramiento de los mismos, nada de lo cual estaba previsto en la Constitución de 1999 como competencia de esa Asamblea Nacional Constituyente, sino que, por el contrario, correspondía a la Asamblea Nacional, máximo órgano legislativo, una vez ésta fuera instalada previas elecciones parlamentarias.

Al impugnar ese Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente ante la Sala Constitucional mediante un recurso de nulidad por violación a la

Constitución de 1999, dicha Sala estableció, mediante la sentencia n° 6 de 27 de enero de 2000, que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente tienen naturaleza supraconstitucional, por lo cual no estaban sometidos a la Constitución de 1961 y tampoco lo estaban respecto de la Constitución de 1999, pues el Decreto que se impugnó fue publicado en la Gaceta Oficial antes de la publicación del nuevo Texto Constitucional, por lo que éste no lo regía. En pocas palabras, *que se trata de actos del poder público no sujetos a norma constitucional alguna, y por ende no sujetos a límite alguno*. No obstante, el Decreto impugnado se dictó para permitir la vigencia inmediata de la Constitución y ejecutar los nuevos cambios de organización y distribución del poder público que la nueva Constitución establecía.

En definitiva, puede hablarse aquí de una mutación constitucional, desde que se admitió que la Asamblea Nacional Constituyente dictara normas de rango constitucional —o supraconstitucional— con fundamento en facultades no establecidas en la Constitución y no aprobadas en comicios populares.

b. La sentencia n° 34 de 26 de enero de 2004 (caso Vestalia Araujo): interpretación del artículo 203 de la Constitución

Se planteó un recurso de interpretación del artículo 203 de la Constitución de 1999, con la finalidad de que la Sala Constitucional aclarase "si conforme a dicha norma se requiere el voto favorable de dos tercios de los Diputados que integran la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que derogaría la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con independencia de si el carácter orgánico es por denominación constitucional".

La duda de los solicitantes se planteó en razón de un caso concreto, la reforma de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y su sustitución por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así, alegaban los

recurrentes que si bien el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia obedecía a una Ley Orgánica por denominación constitucional y, en consecuencia, según ese artículo 203 podría no requerir para el inicio de su discusión el voto favorable de las dos terceras partes del Parlamento, es lo cierto que con esa ley se estaría modificando una ley orgánica y en consecuencia resultaría aplicable la condición final de ese artículo de la Constitución en el sentido de que la votación calificada de la mayoría de los Diputados "se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas".

No obstante, la sentencia asumió otra interpretación de la norma y concluyó que "conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, no es necesario el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes [...]" (subrayado añadido).

De esta manera, el precedente en cuestión terció la interpretación literal de la norma que expresamente establece en su parte final, de modo que la modificación de cualquier ley orgánica requerirá de votación calificada, y mutó la norma en cuestión para entender que aun tratándose de la modificación de una ley orgánica no se requería de quórum calificado si la nueva ley tiene carácter orgánico por denominación constitucional.

c. Sentencia n° 565 de 15 de abril de 2008 (caso Procuradora General de la República): interpretación del artículo 164, numeral 10, de la Constitución.

La Procuraduría General de la República, representante judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República en Venezuela, planteó ante la Sala Constitucional una solicitud de interpretación del numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de 1999, en relación con "la incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia [...] respecto a la coordinación con los estados de la Administra-

ción, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial". En consecuencia, solicitó que la Sala determinara los términos de la relación de coordinación entre la República y los estados (entidades regionales), referente a la competencia de *conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial*.

A pesar de que la Constitución de 1999 estableció en su artículo 164, numeral 10, el carácter de competencia exclusiva de los estados respecto de la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, la sentencia n° 565/08 decidió que *corresponde "al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial" en aquellos casos en que la prestación del servicio "por parte de los Estados es deficiente o inexistente."*

Tal interpretación implica una modificación sustancial del Texto Constitucional, porque supuso la "conversión" del carácter exclusivo de la referida competencia de los estados, en una competencia concurrente entre éstos y la República, competencia que, además, en caso de descentralización, puede ser objeto de intervención, reversión y reasunción por el Ejecutivo Nacional.

En definitiva, la sentencia n° 565/08 implicó una importante modificación del texto de la Constitución, tanto así que el propio fallo reconoce que "la presente interpretación vinculante genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente" y en consecuencia exhortó al Poder Legislativo Nacional a que

proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante estableci-

da en la presente decisión, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias. Asimismo, la Sala exhorta a la revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.

En otras palabras, por cuanto son realmente sustanciales los cambios que la Sala Constitucional realizó al propio Texto Constitucional, cambios que exceden con mucho de una simple interpretación normativa e implican una sustitución indebida en el propio Constituyente, devino la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico para que éste se adapte a tal sentencia, la cual, dada su relevancia, se ordenó además publicar en la Gaceta Oficial.

d. Sentencia n° 378 de 31 de mayo de 2017 (caso convocatoria Asamblea Nacional Constituyente): interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución

En el año 2017, en el marco de la profunda crisis política y de las intensas protestas populares contra el gobierno nacional en Venezuela, el Presidente de la República convocó a una Asamblea Nacional Constituyente cuyo objeto no era la redacción de una nueva Constitución, sino —*de facto*— la concentración de funciones del Estado, especialmente de la función legislativa, entonces bajo el control de un Parlamento de mayoría opositora al Poder Ejecutivo. Esa iniciativa presidencial no tenía soporte constitucional, pues de acuerdo con la Constitución sólo el pueblo puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, no así directamente los órganos del poder público.

La actuación de la Sala Constitucional en esa oportunidad fue directamente atentatoria contra el principio de separación de poderes y, por

ende, contra el Estado de Derecho al dar soporte jurídico a la convocatoria, elección e instalación de una Asamblea Nacional Constituyente contraria a las exigencias de la Constitución. Así, mediante la sentencia 378/2017 la Sala Constitucional, violando todas las normas procesales aplicables, realizó una interpretación *contra legem* de los artículos 347 y 348 de la Constitución en el sentido de que "[...] no es necesario ni constitucionalmente obligante un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX", por lo cual, concluye el fallo, el Presidente de la República puede convocar directamente a una Asamblea Nacional Constituyente.¹²

De esa manera violó la Sala Constitucional la soberanía popular establecida en el artículo 5 constitucional, violó la democracia representativa y modificando —o mutando— el Texto Fundamental otorgó al Presidente de la República facultades que no están en la Constitución, pues era necesario un previo proceso comicial vinculante, mediante sufragio universal, directo y secreto para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, a fin de que los ciudadanos expresaran si quieren o no proceder a la instalación de tal Asamblea para redactar una nueva Constitución.

E. Precedentes de la Sala Constitucional en los cuales actúa como legislador positivo en tanto adicionan al ordenamiento jurídico preceptos normativos que antes no existían

Muchos precedentes de la Sala Constitucional tienen como característica el establecimiento de consideraciones formalmente preceptivas a las

¹² En relación con las diferentes irregularidades y graves abusos verificados con la convocatoria e instalación de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, y en particular el aval de ese fraude mediante la sentencia 378/2017 de la Sala Constitucional, *vid.* Brewer-Carías, Allan y García Soto, Carlos (comps.), *Estudios sobre La Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, versión digital. Disponible en: «<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/07/ESTUDIOS-SOBRE-LA-AN-CONSTITUYENTE-29-7-2017.-9am.pdf>».

cuales les da carácter vinculante. Tales precedentes pueden entenderse como sentencias aditivas, en tanto no modifican ni sustituyen normas preestablecidas, sino que añaden nuevos preceptos jurídicos al ordenamiento. La mayoría de las sentencias que antes comentábamos concurren en esta categoría, no obstante, fueron estudiadas aparte en atención al denominador común que implica la atribución de competencias que todas ellas contienen. Pero existen también otros precedentes en los cuales se adicionan preceptos jurídicos relativos a la materia tratada en cada caso concreto, que son las que se detallan a continuación.

a. La sentencia n° 1013 de 12 de junio de 2001 (caso Elías Santana): interpretación y limitación de los derechos relativos a la libertad de expresión y a la réplica.

En este caso se intentó una demanda de amparo constitucional para la protección del derecho a la réplica y a la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes, a fin de que se concediese al demandante "un lapso de diez minutos de duración en el programa radial 'Aló, Presidente', con el objeto de que el accionante ejerza el derecho de réplica sobre las informaciones que a él y a la asociación civil Queremos Elegir conciernen".

La sentencia estableció una serie de consideraciones a las que dio carácter vinculante, acerca del contenido y alcance de los artículos 57 y 58 de la Constitución de 1999, normas que preceptúan el derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial y sin censura, y el derecho a la réplica y rectificación.

En esa sentencia, la Sala Constitucional, de oficio, no sólo interpretó el alcance de esos dos preceptos constitucionales, sino que además les impuso limitaciones o excepciones no establecidas en la Constitución, y reguló el ejercicio de ese derecho, aun cuando todos esos aspectos, evidentemente, son materia de la reserva legal.

De allí que la doctrina ha señalado que, en ese precedente, la Sala Constitucional "usó abusivamente de su competencia para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales",¹³ violó el principio de separación de poderes, pues estableció "normas" reguladoras y condicionantes de derechos fundamentales, cuya regulación es materia de la reserva legal y más allá de ello, el contenido de esas limitaciones asumidas por la Sala implicaron una indebida merma del alcance de derechos fundamentales en los términos en que éstos son reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución de 1999.

b. La sentencia n° 978 de 30 de abril de 2003 (caso Bolívar Banco): determinación del modo y oportunidad de ejercicio de la potestad tributaria estatal en materia de timbre fiscal, mientras se dicta la Ley nacional respectiva.

Se planteó ante la Sala Constitucional una demanda de colisión de leyes entre el artículo 28 del Decreto con fuerza de Ley de Timbre Fiscal, el artículo 19 de la Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y la Ley de Timbre Fiscal del Estado Miranda, en virtud del solapamiento de bases imponibles y cargas tributarias que existían entre las tres leyes, es decir, que las tres imponían de manera sustancialmente idéntica, la misma obligación tributaria frente a determinadas actuaciones civiles y mercantiles.

La sentencia declaró con lugar la demanda, determinó cuál de las normas prevalecería según los distintos supuestos de hecho que se plantearon y según los distintos entes territoriales, y además determinó la existencia de una laguna jurídica, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar la legislación que regule la Hacienda Pública estatal y la Ley de Coordinación Tributaria. En consecuencia, la sentencia estableció que "mientras es dictado el régimen jurídico nacional a que se refiere el

¹³ Vid. Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 424 y ss.

artículo 164, numeral 4, de la Constitución, que incluye tanto a la Ley de Hacienda Pública Estadal como a la Ley de Coordinación Tributaria [...]” procedería por vía jurisprudencial a determinar aspectos fundamentales de ese régimen jurídico.

De esa manera, la sentencia llenó las siguientes lagunas legales que ella misma enumeró de la siguiente manera:

1. ¿Cuándo pueden los Estados ejercer conjuntamente su poder de crear tributos y su poder de recaudar tributos en materia de timbre fiscal, con base en el artículo 164, numeral 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin estar obligados por el artículo 164, numeral 4, a esperar que sea dictado el marco legal federal que permita el ejercicio coordinado por parte de los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas de dicha competencia tributaria?

y

¿Cuándo pueden los Estados ejercer sólo su poder de recaudar tributos en materia de timbre fiscal, con fundamento en el artículo 164, numeral 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las normas sustantivas establecidas por el Poder Nacional en el Decreto con Fuerza de Ley del Timbre Fiscal, hasta tanto sea dictada la Ley Orgánica de Hacienda Pública Estadal?

Como respuestas a tales cuestionamientos, la propia sentencia n° 978/03 estableció una serie de consideraciones jurídicas declarativas y, además, estableció una serie de "reglas", "las cuales serán estrictamente observadas hasta tanto sean promulgadas las leyes tributarias antes referidas".¹⁴

¹⁴ Referencia textual de la sentencia. Nótese que, en este caso, si bien la Sala Constitucional dictó una serie de parámetros a los cuales dio el valor de reglas generales de obligatorio cumplimiento, esto es, actuó como legislador positivo e integró el ordenamiento jurídico, lo hizo de manera provisional, esto es, hasta tanto el legislador dictase las leyes correspondientes.

c. La sentencia n° 511 de 5 de abril de 2004 (caso Maira Rincón Lugo): determinación del procedimiento de avocamiento de causas, con carácter vinculante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

En este precedente se planteó ante la Sala Constitucional una solicitud de revisión de una sentencia dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. La Sala Constitucional declaró sin lugar esa solicitud de revisión porque no cumplía los requisitos para su procedencia. No obstante, esa declaratoria —que era la única que correspondía, de conformidad con el principio de congruencia de la sentencia respecto de las pretensiones planteadas—, en este precedente la Sala Constitucional estableció de oficio, y sin que tuviera relación con el caso concreto, el procedimiento a seguir cuando alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia ejerce la potestad de avocamiento de juicios llevados ante tribunales inferiores. Además, dio a esa interpretación carácter vinculante, para que sea cumplida obligatoriamente por las demás Salas.

La sentencia en cuestión contó con dos votos salvados, en los cuales se exponen argumentos de peso por los cuales se rechaza esa indebida "legislación" por parte de la Sala Constitucional. En primer lugar, se señaló que, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución, el carácter vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional se limita a aquéllas en las cuales se realice una interpretación acerca del alcance o contenido de las normas y principios constitucionales, cuestión que no es, evidentemente, la que se verifica en este caso, puesto que no se interpreta ninguna norma constitucional y porque el avocamiento ni siquiera está establecido en la Constitución. En segundo lugar, los votos deploran la usurpación de funciones y la invasión de competencias legislativas por parte de la Sala.

Se concuerda con los votos salvados en que, en efecto, se trató de una sentencia viciada de *ultrapetita* en la que la Sala Constitucional usurpó funciones del Poder Legislativo y estableció con pretendida "fuerza normativa",

vinculante y obligatoria para las demás Salas, el procedimiento a seguir en casos de avocamiento. A lo máximo que podía llegar la Sala, si se planteaba un caso de avocamiento y no se encontraba en la Ley procedimiento alguno para su tramitación, era aplicar *por analogía*, alguna vía *establecida en otra ley* —lo que sí permite el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia— y utilizarlo en ese caso concreto, mas no crear el procedimiento y darle carácter "obligatorio y vinculante" a otros tribunales, como si de una ley se tratara.

d. La sentencia n° 1682 de 15 de julio de 2005 (caso Carmela Manpieri): interpretación del artículo 77 de la Constitución —equiparación de las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer al matrimonio— y el desarrollo pretoriano de su régimen jurídico

El artículo 77 de la Constitución de 1999 establece que las uniones estables entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la Ley "producirán los mismos efectos que el matrimonio". Resolviendo un recurso de interpretación que se planteó respecto de esa norma, la Sala Constitucional estableció su alcance y, además, y si bien no se señala en la sentencia que se ejercería jurisdicción normativa, desarrolló jurisprudencialmente todo el régimen jurídico de las uniones estables de hecho entre hombre y mujer, estableciendo cuáles de los efectos civiles del matrimonio son aplicables a estas uniones y cuáles no.

En consecuencia, la sentencia que se comenta reguló el régimen jurídico de muchos derechos, como es el de pensiones, jubilaciones, uso del apellido del marido, beneficios económicos y patrimoniales, comunidad de bienes y derechos sucesorales en el marco de las uniones estables de hecho entre hombre y mujer. En definitiva, desarrolló los efectos legales del artículo 77 de la Constitución respecto de las uniones concubinarias, le dio carácter vinculante y ordenó su publicación en la Gaceta Oficial.

Tal regulación resulta una clara actuación como legislador positivo y una subrogación de la Sala Constitucional en las funciones del legislador,

pues esa regulación de derechos y deberes que de oficio se incluyó en la sentencia, es materia de la reserva legal de conformidad con el artículo 156, numeral 32, en tanto se trata del régimen jurídico de derechos civiles.

e. La sentencia n° 1456 de 27 de julio de 2006 (caso Yamilex Núñez de Godoy) y el desarrollo pretoriano del régimen jurídico de la reproducción asistida.

En este caso concreto se intentó una demanda de amparo constitucional contra una clínica de fertilidad, ante la negativa del centro asistencial de "completar el ciclo de fertilización *in vitro* en [una] persona, con la muestra espermática de quien en vida fuera su cónyuge"; la negativa de la Clínica se fundamentaba en la ausencia de voluntad expresa del donante respecto de esa posibilidad de fertilización *post mortem*.

La Sala Constitucional declaró con lugar la demanda de amparo e incluso reconoció "la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición". Para llegar a esa conclusión, la Sala se fundamentó expresamente en su jurisdicción normativa y realizó una serie de consideraciones jurídicas —con carácter vinculante— respecto de la reproducción asistida, sus modalidades, en concreto la fertilización *in vitro*, determinación de la filiación en la reproducción asistida, fecundación no consentida, referencia a la donación retribuida, casos de madres subrogadas y capacidad para suceder en esos casos.

En definitiva, y como se expresa en el voto salvado, en este precedente la Sala Constitucional "legisló" sobre una materia que ameritaba un detenido tratamiento jurídico a través de una ley formal, dictada mediante el procedimiento constitucional de formación de leyes, materia en la que es especialmente importante el análisis de muchos principios éticos, morales y científicos, imposibles de abarcar en una sentencia. Además de ello, resulta reprochable el uso indebido de la jurisdicción normativa para

dictar preceptos jurídicos vinculantes que serán aplicados en el mismo caso concreto que se va a resolver en esa oportunidad. Ello implica no sólo usurpación de funciones del legislativo, violación al principio de irretroactividad de la Ley y violación al principio de reserva legal pues, como se dijo, la regulación de los derechos civiles es materia de la reserva legal nacional, según el artículo 156, numeral 32, de la Constitución de 1999.

F. Precedentes de la Sala Constitucional en los cuales actúa como legislador positivo en tanto se modifican leyes preexistentes

I. Decisiones que modifican normas jurídicas a través de sentencias sustitutivas sin que medie previa declaratoria de nulidad de la norma

En múltiples precedentes la Sala Constitucional ha variado el contenido de normas jurídicas vigentes, a través de sentencias que pueden denominarse sustitutivas, en tanto modifican el contenido del precepto legal sin que medie una previa declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad, es decir, proceden a modificar el precepto a través de la sustitución parcial del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica originalmente establecida por otra nueva, dando además carácter vinculante a la nueva redacción. Algunas de ellas fueron anteriormente relatadas, como es el caso de las sentencias que modificaron la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (sentencias n° 1 y 2/00, casos Emery Mata Millán y Domingo Ramírez Monja, n° 7/00, caso José Amando Mejía, n° 1555/00, caso Yoslena Chanchamire), así como la sentencia n° 1645/04, caso Gregorio Pérez, que modificó el procedimiento de los juicios de nulidad de leyes y demás actos con rango de Ley. A las anteriores, que fueron clasificadas además dentro de las sentencias que atribuyen o modifican competencias de la Sala Constitucional, podemos añadir las siguientes, en las que el cambio se realizó respecto de las leyes sustantivas aplicables en cada caso concreto:

a. La sentencia n° 2560 de 5 de agosto de 2005 (caso Rómulo Pacheco): modificación del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal

Se interpuso ante la Sala Constitucional una demanda de amparo constitucional contra una sentencia de segunda instancia penal, bajo el argumento de que la sentencia violaba el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que declaró extemporáneo un recurso de apelación.

La sentencia n° 2560/05 declaró con lugar el amparo constitucional, anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones porque violaba, en su criterio, el derecho a la tutela judicial efectiva y ordenó oír la apelación originalmente desestimada. Para llegar a esa conclusión la sentencia tuvo que "reinterpretar" el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal, que es la norma que establece cómo han de computarse los lapsos en la fase preparatoria de los procesos penales.

La Sala Constitucional, sin que mediara declaración de nulidad de la norma —lo que en todo caso era improcedente, en el marco de una demanda de amparo constitucional— estableció con carácter vinculante que si bien la norma establece con carácter general que para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles, para el recurso de apelación sí se computará el lapso según días de despacho, aun cuando éste es un acto procesal de esa etapa preparatoria del juicio.

La "modificación" pretoriana de la norma se realiza partiendo de una declaratoria parcial de inconstitucionalidad de ésta, aun cuando no hubo pronunciamiento de nulidad. Se trata, por tanto, de una sentencia "reductora", esto es, que extrae un supuesto de hecho del ámbito de aplicación original del precepto —en este caso, el lapso para intentar el recurso de apelación— y le da un tratamiento jurídico distinto, determinado en la propia sentencia. Además de ello, la Sala dio carácter vinculante al cambio en el contenido de la norma y ordenó su publicación en la Gaceta Oficial, todo lo cual implica una actuación "legislativa" del juez constitucional.

b. La sentencia n° 301 de 27 de febrero de 2007 (caso Adriana Vigilanza): modificación del sentido y alcance del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta

Se planteó ante la Sala Constitucional una demanda de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto-Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999. Al momento de dictar la sentencia definitiva, la Sala constató que las normas impugnadas estaban derogadas y que no mantenían efectos en el tiempo —al menos no que constara en el expediente— y en consecuencia declaró la inadmisibilidad sobrevenida de la demanda.

No obstante, y si bien con ello se daba por resuelta la demanda, la Sala Constitucional procedió, de oficio, a analizar la constitucionalidad de una norma que no fue objeto del recurso de nulidad —el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2001—, para lo cual invocó el artículo 5, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y señaló la sentencia que "en las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público [...]".

Ciertamente, la norma que la Sala Constitucional invocó le permite "suplir de oficio las deficiencias del recurrente sobre las disposiciones denunciadas", es decir, le permite tomar en cuenta argumentos o alegatos de inconstitucionalidad no denunciados por las partes, pero siempre en relación con las normas cuya nulidad se pidió, que no fue lo sucedido en este caso concreto, en el cual se analizó de oficio la inconstitucionalidad de una norma no impugnada, contenida en una ley distinta a la originalmente denunciada.

Con fundamento en tales premisas, la Sala Constitucional analizó el contenido de ese artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y concluyó que esa norma jurídica colide con los derechos constitucionales de los trabajadores asalariados. En consecuencia, vista la "colisión" entre la

norma del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta y la Constitución, la sentencia modificó el contenido del precepto y dispuso su nueva redacción.

En nuestra opinión, este precedente incurrió en usurpación de funciones del Poder Legislativo, pues el juez constitucional, sin siquiera previa declaratoria de nulidad, procedió a modificar el contenido de una norma jurídica, suprimiendo parte del precepto e incluyendo supuestos de hecho no establecidos anteriormente. El contraste del texto original del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta respecto del contenido que le dio la sentencia pone en evidencia que se trata de dos preceptos completamente distintos.

c. Sentencia n° 0652 de 26 de noviembre de 2021 (caso Wilmer Partidas): modificación de los artículos 148, 149 y 767 del Código Civil.

Se presentó ante la Sala Constitucional demanda de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 173 del Código Civil. Dicha norma establece que toda disolución y liquidación voluntaria de comunidad de bienes es nula "[...] salvo lo dispuesto en el artículo 190 [...]" del mismo Código. En la sentencia 0652/2021, la Sala Constitucional declaró la pérdida del interés procesal del demandante y abandono del trámite de la demanda de nulidad. Sin embargo, de oficio procedió a establecer con carácter vinculante la interpretación constitucionalizante de los artículos 148 y 149 del Código Civil, los cuales regulan la institución de las capitulaciones matrimoniales.

En ese sentido, establece la sentencia en su parte dispositiva que

[...] las Capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar o en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio sean sus padres o su curador. De tal

manera, que siendo las Capitulaciones matrimoniales el régimen patrimonial conyugal principal, los convenimientos de los cónyuges podrán celebrarse válidamente antes y durante del matrimonio; y así también, podrán ser reformadas durante el matrimonio y aún dejarse sin efecto. En todo caso, nunca tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro, y entrarán en vigencia una vez registradas conforme lo establecido en los artículos 143 y siguientes del Código Civil, normativa que se ajustará a lo aquí decidido y que queda vigente en todo lo que no contradiga la presente decisión [...]."

Se trata de una regulación diferente a la establecida en el Código Civil venezolano, los cuales han quedado de hecho modificados por una decisión judicial y no por una reforma legislativa formal.

Asimismo, la sentencia en cuestión estableció "con carácter vinculante la interpretación constitucionalizante del artículo 767 del Código Civil" que regula la comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio, en el sentido de que "[...] en ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por inexistencia o nulidad de las mismas, deberá presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario". De esta manera, instituciones fundamentales de derecho civil como lo son las capitulaciones matrimoniales y capitulaciones patrimoniales en caso de concubinato o uniones de hecho quedan a partir de esa sentencia "reguladas" de acuerdo con los criterios de la Sala Constitucional, derogando de facto los artículos de ese Código.

II. Decisiones de la Sala Constitucional en las que se anulan preceptos legales y se establece su nueva redacción

a. La sentencia n° 80 de 1 de febrero de 2001 (Caso lapsos procesales): modificación del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil

En este caso concreto se planteó una demanda de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, norma que regula el modo de cómputo de los términos y lapsos procesales.

Alegó la parte demandante que la norma, a los fines del cómputo de los lapsos procesales, hizo una diferenciación entre los lapsos de pruebas, los cuales se cuentan por días en que el Tribunal dispusiera despachar, y los demás lapsos, donde previó calcularlos por días calendarios consecutivos, aun cuando —en criterio de los demandantes— el resto de los lapsos procesales, especialmente aquellos relativos al ejercicio de recursos contra las sentencias, deberían contarse también, según días de despacho, y al no hacerlo así se verificaba la violación del derecho a la defensa de las partes en el proceso.

La Sala Constitucional estimó el alegato, considerando que la norma legal violaba el derecho a la defensa. En consecuencia, se declaró la nulidad parcial del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil y en la dispositiva del fallo la Sala estableció la "nueva redacción del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil".

Se trata de una sentencia en la cual la nulidad parcial de la norma cambia, completamente, su sentido original, por lo que, en principio, no debía la Sala Constitucional dar una nueva "redacción" al precepto jurídico, lo que es potestad inherente y exclusiva del legislador, sino que debía limitarse a declarar su nulidad y exhortar u ordenar al legislador establecer un nuevo precepto acorde a los lineamientos constitucionales.

b. La sentencia n° 2241 de 24 de septiembre de 2002 (caso Andrés Velázquez): nulidad parcial del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público

Se planteó en este caso la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, bajo el argumento de que esa norma infringe los artículos 150, primera parte, y 187, numeral 9, de la Constitución de 1999, al establecer un mecanismo de control —información periódica— del Ejecutivo Nacional a la Asamblea Nacional de las operaciones de crédito público que aquél realice, distinto al mecanismo que disponen esas normas cons-

titucionales —autorización previa— en aquellos casos en que la operación de crédito público implique la celebración de contratos de interés público nacional con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela.

La Sala Constitucional determinó la inconstitucionalidad parcial de la norma, al no haberse fijado en el último apartado del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público una excepción o referencia al control preceptivo o autorizatorio de la Asamblea Nacional respecto de las operaciones de crédito público que celebre el Ejecutivo Nacional y que constituyan contratos de interés público nacional. En consecuencia, declaró la nulidad parcial del *artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público* y estableció la nueva redacción de esa norma.

Nótese que, si bien es una decisión estimativa de la pretensión de nulidad, y si bien declara la nulidad parcial del precepto, en realidad no anula nada, sino que se trata de una típica sentencia de las que la doctrina conoce como *aditiva*, en la medida en que *agrega al precepto jurídico supuestos de hecho y/o consecuencias jurídicas no establecidas previamente por el legislador, a fin de que se adecúe a la norma constitucional*, caso típico en que el juez actúa como legislador positivo.¹⁵

c. La sentencia n° 865 de 22 de abril de 2003 (caso Ernesto José Rodríguez Casares): nulidad del artículo 48 de la Ordenanza sobre Ejidos y Terrenos Propios Urbanos y Rurales para el Distrito Bolívar del Estado Zulia

La parte demandante solicitó la nulidad de la norma municipal alegando la violación del derecho constitucional de propiedad, en tanto el precepto establecía un derecho de preferencia para que el Municipio adquiriese nuevamente terrenos considerados ejidos, teniendo que pagar

¹⁵ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 133 y ss.

solamente el mismo precio por el cual fue vendido hasta por un periodo de veinte (20) años luego de efectuarse la enajenación, lo que para el demandante generaba un perjuicio patrimonial importante en consideración a los efectos inflacionarios. Asimismo, se alegó que la norma también violaba el derecho de propiedad "al exigir a los administrados la obligación de entregar el cincuenta por ciento (50%) de precio obtenido en la venta, si el ejido ha aumentado su valor respecto al que tenía cuando se hizo la venta inicial".

La Sala Constitucional consideró que en efecto se violaba el derecho de propiedad porque tales exigencias constituían una violación al *ius abutendi* o derecho de disposición que tiene todo propietario para disponer de la cosa, porque constriñen la voluntad que tiene el propietario para realizar actos de disposiciones sobre los bienes de su propiedad.

En consecuencia, se declaró la nulidad parcial de la norma, específicamente la mención de que el Municipio pudiera readquirir el terreno ejido "al mismo precio en el cual fue vendido", y su parágrafo segundo completo, que establecía la obligación de entrega al Municipio del cincuenta por ciento (50%) del precio obtenido en la venta, si el ejido había aumentado su valor respecto al que tenía cuando se hizo la venta inicial. En su parte dispositiva la Sala, además de anular parcialmente la norma, determinó su nueva redacción. De esta manera, se trata de una sentencia estimatoria que redujo el supuesto de hecho de la norma, al anular parcialmente su parte inconstitucional y que no implica una creación legislativa sino una reformulación del precepto.

d. La sentencia n° 1104 de 23 de mayo de 2006 (caso Carlos Brender): nulidad parcial del artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

Se alegó la inconstitucionalidad de la norma porque la misma establecía la posibilidad de que la contraparte de la República en juicio pudiera dar

caución para lograr el levantamiento de las medidas cautelares dictadas en su contra; no obstante, "esta caución deber ser aprobada por la representación de la República". Tal aprobación, a juicio del demandante, era inconstitucional porque violaba el derecho a la igualdad procesal, el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso y además implicaba una merma en las potestades del juez, que es quien debe aprobar o no esa caución.

La Sala estimó el argumento de violación del derecho a la defensa y debido proceso y en consecuencia declaró la nulidad parcial de la norma, específicamente en lo que se refiere a la aprobación de la caución por la representación de la República. Asimismo, estableció, en la parte dispositiva de la sentencia, cuál sería la nueva redacción del artículo, en los siguientes términos: "Esta caución deber ser aprobada *por el juez de la causa*".

En nuestra opinión, es ciertamente cuestionable la técnica de la sentencia de establecer la nueva redacción y cambio de términos de la norma legal que se está anulando. En el caso concreto, frente al vacío jurídico dejado por ese precepto anulado, lo que debía hacerse era aplicar *por analogía* los principios generales del proceso civil, los cuales están contenidos en el Código de Procedimiento Civil, concretamente, el artículo 590 de ese Código. De manera que no hacía falta "legislar", esto es, modificar los términos de la redacción original de la norma, sino aplicar por analogía —o por supletoriedad incluso— las normas procesales generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

e. La sentencia n° 163 de 28 de febrero de 2008 (caso Ciro Ramón Araujo): nulidad parcial de la Ley Orgánica de la Defensa Pública

En este precedente se verifican varias manifestaciones de actuaciones legislativas de la Sala Constitucional, las cuales se estudiarán por separado:

(i) Nulidad parcial y modificación del texto del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública

Se planteó demanda de nulidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública. La razón de inconstitucionalidad que se argumentó en este caso es que la norma legal adscribía orgánicamente la Defensoría Pública a la Defensoría del Pueblo. No obstante, siendo la Defensoría Pública uno de los órganos que integra el sistema de justicia según la Constitución de 1999, alegaba el demandante que ese órgano debía estar adscrito al Tribunal Supremo de Justicia.

La sentencia nº 163/08 estimó ese argumento, anuló parcialmente el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública y dispuso la nueva redacción de esa norma según la cual la Defensa Pública estará adscrita al Tribunal Supremo de Justicia.

(ii) Nulidad parcial y modificación de los artículos 11, 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública

Como consecuencia directa de la nulidad que se declaró del artículo 3, la sentencia procedió, de oficio, al análisis de constitucionalidad de otros artículos de la misma ley y declaró la nulidad parcial de los artículos 11, 12 y 13, que establecían la competencia y el procedimiento para la designación y remoción de la máxima autoridad de la Defensoría Pública y procedió a establecer su nueva redacción.

(iii) Nulidad parcial y modificación del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública

Por último, también de oficio, la sentencia nº 163/08 declaró la nulidad del artículo 15, numerales 5 y 7 de la misma ley, normas que establecían la obligación por parte del Director Ejecutivo de la Defensoría Pública, de consignar el proyecto de presupuesto de la Defensa Pública y presentar el informe anual de su gestión ante Defensoría del Pueblo, y estableció una

vez más la nueva redacción de tales preceptos, sustituyendo la mención a la Defensoría del Pueblo por la del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena.

En nuestro criterio, la Sala Constitucional tenía, ciertamente, razón para declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Defensa Pública, pues de acuerdo con la Constitución de 1999 ese órgano del poder público pertenece al sistema de justicia y debe estar adscrito al Tribunal Supremo de Justicia y no a la Defensoría del Pueblo, órgano propio del poder ciudadano. No obstante, lo procedente era que la sentencia se limitara a realizar esa declaratoria de inconstitucionalidad y así estableciera un plazo de tiempo para que la Asamblea Nacional, órgano legislativo nacional, adaptara la ley al Texto Constitucional según lo dispuesto en la sentencia. De esa manera, para evitar la existencia de un vacío legal mientras se reformaba la ley en cuestión, la sentencia pudo limitarse a declarar la inconstitucionalidad y no anular el artículo 3, de manera que hasta tanto se reformase la norma, la Defensoría Pública seguiría adscrita a la Defensoría del Pueblo.

Es ésta una solución muy utilizada en el derecho comparado, como sucede en Alemania, en donde se dictan sentencias de declaratoria de inconstitucionalidad sin nulidad o de "mera incompatibilidad" (*Unvereinbarkeit*), estableciendo un exhorto al legislador para que las modifique en un plazo determinado. Con ello se evita la verificación de un indeseado vacío legislativo y se evita también que el Tribunal Constitucional incurra en sustitución indebida de la función legislativa.¹⁶

f. Sentencia n° 362 de 11 de mayo de 2018: modificación de los artículos 320, 322, 323 y 522 del Código de Procedimiento Civil

Sobre la misma línea de las sentencias anteriormente analizadas, la Sala Constitucional ha asumido frecuentemente la modificación de las normas

¹⁶ Al respecto, *vid.* las consideraciones de Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 260 y ss.

de procedimiento civil, extralimitándose en sus funciones de juzgador e invadiendo el ejercicio de la función legislativa. Mediante sentencia 362/2018, la Sala Constitucional declaró de oficio, con efectos *ex nunc* y *erga omnes* la desaplicación por control difuso y nulidad parcial de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, así como la nulidad total del artículo 323 *eiusdem*. Pero la Sala no se limitó a la declaratoria de nulidad, sino que además estableció como regla la casación de oficio y el carácter excepcional de la figura procesal del reenvío en aras de la "celeridad procesal", independientemente del vicio de forma o fondo de la sentencia objeto de casación.

De este modo, la Sala Constitucional modifica sustancialmente preceptos y principios generales de la legislación procesal venezolana, particularmente el Código de Procedimiento Civil. La justificación de "ayudar a la celeridad de los juicios de casación" no es suficiente para sustituir el proceso constitucionalmente previsto para la modificación legislativa y usurpar la función del Parlamento como órgano legislador.

g. Sentencia n° 0282 de 9 de julio de 2021 (Caso Carmen C. Padilla): modificación del artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

Mediante reciente sentencia n° 0282/2021, la Sala Constitucional conoció de un recurso de revisión de una decisión de un Tribunal Agrario de instancia que ejerció el control difuso de la constitucionalidad. En esa oportunidad, la Sala procedió de oficio y como "declaratoria de mero derecho" a anular parcialmente el artículo 186 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y a establecer el nuevo contenido y redacción de esa norma, particularmente en lo que se refiere a la competencia para conocer de las controversias suscitadas entre particulares con motivo de actividades agrarias y a las normas procesales que rigen esa demanda judicial.

En abundancia, dicha Sala otorgó efectos *ex nunc*, carácter vinculante y *erga omnes* a la referida sentencia, es decir, a partir de su publicación en

la Gaceta Judicial, teniendo las mismas consecuencias que una reforma legislativa.

G. Breves apreciaciones acerca de la inconstitucionalidad de las sentencias de contenido normativo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Conclusiones

El análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional refleja que ha sido una constante, desde su creación, el ejercicio de jurisdicción normativa, mediante la cual ha dictado muchas sentencias de contenido normativo: modificando leyes preexistentes sin previa declaratoria de nulidad, integrando otras veces el ordenamiento jurídico en materias en las que aún no existía legislación y, en otros casos, sustituyendo preceptos declarados nulos por otros que se adaptan más, en su criterio, a la Constitución. En este sentido, muchas de las competencias que actualmente ejerce la Sala Constitucional son producto de esa jurisdicción normativa, esto es, han sido autoatribuidas por la Sala Constitucional.

El ejercicio de la jurisdicción normativa no posee, en Venezuela, base constitucional, es decir, no existe norma alguna en la Constitución que otorgue a la Sala Constitucional de manera expresa competencias para dictar o modificar normas jurídicas, sino sólo competencias para anular actos de rango de Ley contrarios a la Constitución. Ella es, ciertamente, la máxima y última intérprete de la Constitución no obstante, esa facultad le permite *interpretar*, es decir, determinar el alcance que ha de dársele a las normas constitucionales, mas no llenar "vacíos constitucionales" ni dictar preceptos de pretendido rango legal.

En consecuencia, debe afirmarse que el ejercicio de jurisdicción normativa en Venezuela atenta (i) contra el principio de separación de poderes, pues implica una usurpación de funciones del Poder Legislativo por parte del Poder Judicial; (ii) atenta además contra el principio de reserva legal, pues las normas jurídicas, producto de la jurisdicción normativa,

han debido ser dictadas mediante preceptos de rango legal a través del procedimiento de creación de leyes que dispone la Constitución; (iii) atenta contra el principio de seguridad jurídica, porque no siempre hay certeza ni publicidad suficiente acerca de la modificación de las normas legales, y por último, (iv) en aplicación de los principios fundamentales del derecho procesal al derecho procesal constitucional, la jurisdicción normativa atenta contra el derecho al debido proceso, porque implica una indebida sustitución declarativa de la sentencia respecto de la opcionalidad política del legislador y una inaceptable supresión de la fase de ejecución voluntaria de todo fallo judicial, ejecución voluntaria en la cual el legislador podría dictar una nueva norma jurídica que se ajuste a la Constitución en sustitución de la que es declarada inconstitucional por el juez.

La existencia en el ordenamiento jurídico venezolano de un completo sistema de control de la constitucionalidad de los actos de rango legal del poder público hace innecesaria, además, la aplicación de esa jurisdicción normativa, pues los distintos medios que conforman ese control —control concentrado, control difuso, amparo constitucional, etc.— logran garantizar suficientemente los principios de supremacía y eficacia constitucional, dentro de los límites del ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo, en muchos de los precedentes expuestos, el ejercicio de jurisdicción normativa ha podido suprimirse a través de la aplicación de los métodos tradicionales para llenar lagunas jurídicas, como la supletoriedad y la analogía (sentencias n° 1556/02, 1456/06, 2855/02 y 1104/06, entre otras), o bien han podido dictarse medidas provisionales que garanticen la efectividad del Texto Constitucional, hasta tanto el órgano legislativo dicte las normas debidas.

En nuestra opinión, en caso de que el juez constitucional constate la existencia de una laguna jurídica o bien la necesidad de que una norma constitucional sea modificada a fin de adecuarse a la Constitución, debe ejercer la atribución de control de omisiones legislativas que le otorgan

la Constitución de 1999 y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, bien mediante la demanda de inconstitucionalidad por omisión, bien a través del control incidental por omisión y, en esa medida, debe ordenar al órgano legislativo en mora a que, en un plazo determinado y siguiendo los lineamientos generales que establezca la sentencia, proceda a llenar esa laguna jurídica dictando las normas que correspondan, o bien, proceda a modificar el sentido y alcance de la norma legal para adaptarla a la Constitución, y mientras tanto se difieren los efectos de la sentencia anulatoria, esto es, se declara la nulidad del precepto, pero ella surtirá efecto a partir de un término posterior, que es el que se concede al legislador para modificarlo.

Por más loable que sea la intención de dar solución inmediata a una situación concreta y acomodar directamente los preceptos constitucionales para adaptarlos a la Constitución, el juez constitucional no debe, en modo alguno, sustituirse en el órgano legislativo a través de la sentencia y dictar él la norma jurídica, ni aún siquiera en los casos en que exista urgencia en el restablecimiento de la efectividad constitucional, caso en el cual, se dijo ya, podrán dictarse medidas provisionales o cautelares.

Lamentablemente, y como señalamos al comienzo de este estudio, las sentencias normativas, sustitutivas y aditivas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, lejos de perseguir el control concentrado de la constitucionalidad y ser garantía última de la supremacía constitucional y del carácter normativo de la Constitución, han sido soporte del régimen autoritario que gobierna en Venezuela y del desmantelamiento del Estado de Derecho en ese país.

H. Bibliografía básica

Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

_____, *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Cambridge University Press, 2011.

_____, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 180, 2009, pp. 383-418.

Brewer-Carías, Allan y García Soto, Carlos (comps.), *Estudios sobre La Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017.

Casal Hernández, J. y Urosa Maggi, Daniela, "La Jurisdicción Constitucional en Venezuela", en Von Bogdandy, A. Casal, J. M. y Morales Antoniazzi, M. (edit.), *La jurisdicción constitucional en América Latina: Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*, Bogotá, Max Planck Institute/Universidad del Externado de Colombia, 2019.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

Escudero León, Margarita, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.

Florczak-Wator, Monika (editora), *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, Londres, Routledge, 2020.

Urosa Maggi, Daniela, "El rol de las Cortes Constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo", en Aveledo, Casal y

Urosa Maggi, Daniela (coords.), *Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2018-2020*, Caracas, UCAB/Instituto Fermín Toro/CIDEP, 2021.

—————, *La Sala Constitucional como legislador positivo*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Diciembre de 2022.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>

Esta obra reúne las colaboraciones de cuarenta y siete personas que analizan la tipología y efectos de las sentencias de veintisiete Tribunales Constitucionales de América, Europa y Asia. De igual forma, examinan las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte de Justicia del Caribe.

También se incorporan estudios sobre las clasificaciones más relevantes y recientes de los sistemas de justicia constitucional, el objeto y método de la interpretación constitucional, la teoría de las sentencias constitucionales y su análisis bajo la perspectiva del Derecho Internacional.

