



LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Estudios en homenaje
a **Héctor Fix-Zamudio**
en sus cincuenta años
como investigador del derecho

Eduardo FERRER MAC-GREGOR | Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA
Coordinadores

V

JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL



Marcial
Pons

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio
en sus cincuenta años como investigador del derecho

TOMO V

JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 440

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos

Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Edición: Gilda Bautista Ravelo

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

Diseño de portada: Laura Ivonne Sánchez Zúñiga



Premio Universidad Nacional 1991
en Investigación en Ciencias Sociales
(noviembre 18)

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio
en sus cincuenta años como investigador del derecho*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA
Coordinadores

TOMO V JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
MARCIAL PONS
MÉXICO, 2008

Primera edición: 2008

DR © 2008. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5375-3 (obra completa)

ISBN 978-970-32-5380-7 (tomo V)

CONTENIDO

Prólogo. Héctor Fix-Zamudio y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM	XIII
Héctor FIX-FIERRO	
Prefacio	XXV
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA	
Semblanza del maestro Héctor Fix-Zamudio.	XXXV
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	

CAPÍTULO XII

EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Algunas acotaciones sobre los poderes de interpretación de los jueces constitucionales a las normas y principios constituciona- les. Interpretación jurisprudencial en derecho venezolano	3
Alberto BAUMEISTER TOLEDO	
Jueces constitucionales. Un poder incómodo	41
Andrés BORDALÍ SALAMANCA	
El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucio- nal reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela me- diante sentencias interpretativas	63
Allan R. BREWER-CARÍAS	
Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional. . . .	81
Jaime CÁRDENAS	

El juez constitucional como garante de los derechos fundamentales del hombre	103
Constancio CARRASCO DAZA	
El juez constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar	113
Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA	
El juez constitucional español: comentarios a un proyecto de reforma	129
Ángela FIGUERUELO BURRIEZA	
Il giudice tra etica, diritto e legge	153
Pierfrancesco GROSSI	
Se i giudici creino diritto	169
Riccardo GUASTINI	
Juez y Poder Judicial en el Estado de derecho	181
Norbert LÖSING	
El poder de los jueces	199
Clemente VALDÉS S.	

CAPÍTULO XIII

SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo	241
Miguel de Jesús ALVARADO ESQUIVEL	
Los efectos generales en las sentencias constitucionales	259
Osmar Armando CRUZ QUIROZ	
Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español	291
Francisco Javier DÍAZ REVORIO	

Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano.	321
Francisco José EGUIGUREN PRAELI	
¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?	347
Gerardo ETO CRUZ	
Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano.	383
VÍCTOR GARCÍA TOMA	
La trascendencia de las resoluciones de los medios de control constitucional en el sistema jurídico mexicano.	413
Carlos GONZÁLEZ BLANCO	
Cosa juzgada y control de constitucionalidad	433
José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO	
La producción bibliohemerográfica del doctor Héctor Fix-Zamudio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una referencia al marco legal sobre la elaboración y redacción de las sentencias	453
Raúl MÁRQUEZ ROMERO	
Sentencia desestimatoria y reversibilidad del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley. Una perspectiva desde el derecho comparado	485
Augusto MARTÍN DE LA VEGA	
Análisis del posible efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo en materia penal a los coacusados no recurrentes	511
Fernando MARTÍN DÍZ	
Principios en materia de nulidades parciales de resoluciones judiciales	541
Jorge W. PEYRANO	

Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo	549
Alessandro PIZZORUSSO	

CAPÍTULO XIV

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL

Base constitucional de la fuerza vinculante de la razón de la deci- sión en las sentencias constitucionales	575
Jorge ASBUN	
Comentario a la tesis publicada 78/2004 sobre la indemnización establecida en el artículo 289-bis del Código Civil para el Dis- trito Federal	593
Ingrid BRENA SESMA	
La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional.	613
Luis CASTILLO CÓRDOVA	
Inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley de Asociaciones Re- ligiosas y Culto Público	659
Raúl GONZÁLEZ SCHMAL	
El caso “Massa” y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica	683
Antonio MARÍA HERNÁNDEZ	
¿Los criterios de los tribunales colegiados de circuito en materia de control de constitucionalidad de normas generales pueden integrar jurisprudencia?.	701
Jorge MEZA PÉREZ	
Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno	725
Marisol PEÑA TORRES	

¿Objetividad o subjetividad en las resoluciones judiciales? Análisis crítico desde una perspectiva práctica.	747
Alejandro QUIJANO ÁLVAREZ	
La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional: creación judicial del derecho y eficacia normativa de la jurisprudencia constitucional	763
Fernando SILVA GARCÍA	
Precedente e giurisprudenza	795
Michele TARUFFO	
Sumario general	811

PRÓLOGO

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM*

Apenas hay palabras para expresar el orgullo que significa para mí —como hijo, como discípulo, como jurista mexicano, y como sucesor del homenajeado en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM— escribir unas palabras de presentación para esta obra que debe considerarse excepcional por muchos motivos, lo que el lector descubrirá fácilmente. Tampoco las hay para describir la gran dificultad que significa este empeño, que fácilmente puede fracasar en mi caso, por exceso o por defecto, en la ponderación de los méritos académicos y personales de Héctor Fix-Zamudio y de todo lo que le debe nuestro Instituto. Ésa es una tarea que otros habrán de realizar con mejor fortuna. Por ello, deseo intentar una reflexión distinta, que estoy seguro que él mismo aprobaría, pues siempre ha insistido en que sus méritos son compartidos. Me pregunto entonces lo siguiente: ¿cuáles son los factores “estructurales” y “culturales”, y no solamente personales o circunstanciales, que ayudan a explicar por qué Héctor Fix-Zamudio representa mejor que nadie los valores académicos y éticos que cultiva el Instituto de Investigaciones Jurídicas? Y ¿por qué su figura y el Instituto han llegado a tener la influencia y el prestigio del que gozan actualmente en el mundo jurídico-político de México e Iberoamérica, principalmente?

En un interesante y provocador ensayo sobre la profesión jurídica mexicana y lo que llaman sus “estrategias internacionales”, dos sociólogos del derecho, Yves Dezalay y Bryant Garth, identifican al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ) como una institución forma-

* Agradezco los benevolentes y útiles comentarios de Jacqueline Martínez, Sergio López-Ayllón y Juan Vega.

da por académicos que, por carecer de capital político y social, decidieron invertir en el “derecho puro”, es decir, en la revaloración del derecho como elemento autónomo del Estado, a partir de una concepción más técnica, abierta e internacional de los estudios jurídicos.¹ Dezalay y Garth señalan que Héctor Fix-Zamudio es la “figura clave” en el Instituto, y dicen de él lo siguiente:

Durante su periodo como director, el IIJ pasó de ser un pequeño centro a la sombra de la Facultad de Derecho de la UNAM a convertirse en una institución académica independiente y con más prestigio... Fix-Zamudio no provenía de una familia rica o bien relacionada; en cambio, decidió invertir plenamente en las ideas de la investigación jurídica de tiempo completo, la selección meritocrática y la apertura hacia los enfoques del exterior. Todavía activo en el IIJ, Fix-Zamudio mismo dio el tono y guió con el ejemplo, logrando considerable reconocimiento por su obra académica, especialmente en el campo del amparo.²

Más adelante, Dezalay y Garth señalan que varios miembros del IIJ, pertenecientes a una nueva generación, se incorporaron al gobierno en distintos momentos:

...el Instituto de Investigaciones Jurídicas había utilizado su producción académica para incrementar su prestigio relativo, y su estatus de élite contribuyó a atraer a algunos de los más talentosos y ambiciosos estudiantes de derecho, e incluso a algunos de los mejor relacionados... Sin embargo, en contraste con Héctor Fix-Zamudio, una nueva generación se ha aprovechado de los fenómenos internacionales y sus inversiones en el derecho para desarrollar una nueva política del derecho dentro de la élite gobernante del Estado.³

Con independencia de que se comparta o no la visión que tienen Dezalay y Garth de las “estrategias” de los académicos del Instituto para in-

¹ Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006, pp. 206 y ss. (la versión original de este ensayo se publicó en 1995 como documento de trabajo de la *American Bar Foundation*).

² *Ibidem*, p. 207.

³ *Ibidem*, p. 228.

fluir en la política del derecho, subsiste el hecho de que muchos de sus miembros, antiguos y actuales, han participado en la construcción y la reforma de algunas de las más importantes instituciones jurídicas del Estado mexicano a partir de la década de los ochenta. Resulta evidente que este hecho no se puede explicar únicamente por los méritos personales de los participantes, así como tampoco por las relaciones personales o políticas que hayan tenido con el grupo gobernante respectivo. Sin embargo, Dezalay y Garth sí apuntan a la interrelación de algunos de los factores explicativos, y sobre ellos conviene hacer una reflexión más amplia.

Dezalay y Garth sitúan en la gestión de Héctor Fix-Zamudio como director del IIJ (1966-1978) el inicio de la profesionalización de la investigación jurídica. En efecto, hasta mediados de la década de los sesenta no existía en nuestro país una carrera académica institucionalizada en el campo del derecho. Había muy pocos profesores de tiempo completo en las escuelas y facultades de derecho, por lo que los autores de los libros y manuales jurídicos más conocidos o prestigiados eran casi siempre profesores que tenían despacho propio o laboraban en alguna institución del sector público. Por tanto, no existía propiamente una carrera académica con dedicación exclusiva, porque la inversión que requería el “derecho puro” era de muy largo plazo y muy incierta, mucho más que ahora, en que las condiciones que la hacen posible han mejorado notablemente.

Varios factores institucionales y circunstanciales contribuyeron a la *profesionalización de la investigación jurídica* en el IIJ. En primer lugar, la autonomía del IIJ respecto de la Facultad de Derecho, que se reconoció en 1948, fue un elemento crucial. Hasta el día de hoy la investigación jurídica no ha logrado institucionalizarse ni profesionalizarse plenamente en nuestro país. En las escuelas de derecho, tanto públicas como privadas, la investigación es escasa, ya sea porque en general no se considera una actividad “rentable” y útil, o bien, porque los profesores de tiempo completo (los “profesores-investigadores”) son absorbidos casi totalmente por las actividades docentes.

En segundo lugar, durante el rectorado del doctor Ignacio Chávez (1961-1966) se inició en la Universidad Nacional un programa de formación del personal académico, programa que continuó bajo el rectorado del ingeniero Javier Barrios Sierra (1966-1970). Este programa permitió

el ingreso al IIJ de varios jóvenes becarios, muchos de los cuales realizaron posteriormente estudios de posgrado en el extranjero. Para todos ellos, Héctor Fix-Zamudio es, y sigue siendo, “El Maestro Fix”, con independencia de que hayan sido sus discípulos directos. A la distancia, resulta claro que esos jóvenes investigadores no conformaron simplemente un grupo de edades próximas, sino una verdadera *generación* —la primera generación como tal del Instituto— que compartía, y en mucho comparte todavía, una misma idea de la investigación y de las tareas de la política jurídica, en gran medida bajo el ejemplo y guía del Maestro Fix.⁴ Y si bien muchos de ellos desempeñaron importantes funciones públicas en las décadas siguientes, varios han regresado a la vida académica en el IIJ. No hay duda de que debemos al Maestro Fix y a esa generación la creación del fuerte sentido de comunidad y pertenencia que caracteriza al Instituto y que comparten las nuevas generaciones, a pesar del considerable crecimiento de la planta académica en estos años.⁵

En tercer lugar, una clave del éxito del Instituto radica en la *continuidad*. En un país donde la vida de las instituciones es todavía bastante precaria, en parte porque existe escasa continuidad en los programas y las políticas institucionales, el Instituto destaca por haber mantenido una

⁴ En una perspectiva sociológica, el concepto de “generación” tiene varios significados. Uno de ellos, que se remonta a Wilhelm Dilthey y Karl Mannheim, designa a un grupo que comparte una “posición” socio-histórica similar, lo que trae consigo una cierta identidad del pensamiento, la acción y el sentimiento. Así, las generaciones, o grupos dentro de ellas, pueden conformar en cierto modo actores colectivos en el acontecer sociohistórico. Véase Majce, Gerhard, voz “Generation” en Endruweit, Günter y Gisela Trommmsdorff (eds.), *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, Enke-dtv, 1989, vol. 1, pp. 233 y 234. En el caso de esta primera generación del IIJ que nos ocupa, quedaría por explorar si sus integrantes pretendían lograr objetivos de cambio jurídico-institucional, y las razones por las que pensaban que podrían lograrlo a través de la labor académica.

⁵ Así lo revela una encuesta realizada en febrero de 2007 entre los investigadores del Instituto. A la pregunta “¿Qué tanto se siente usted parte de la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas?”, 79.9% contestó que “mucho” y 16.3% que “algo”. Curiosamente, fue más elevado el porcentaje de quienes dijeron sentirse “parte de la UNAM” (95.1%), pero eso quizá pueda explicarse por el hecho de que es más fácil identificarse con un ente abstracto, y sobre todo, porque la pregunta no se refería a la “comunidad” de la Universidad.

Respecto al crecimiento de la planta académica, en 1966 había solamente cuatro investigadores de tiempo completo. En 1980 ya eran 26; en 2000, el número se había elevado a 71, y en la actualidad son más de 90. Véase *XL aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1980 e *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, México, UNAM, 2000.

misma orientación general de su quehacer. La continuidad no se refleja exclusiva, ni siquiera primordialmente, en el crecimiento constante de la planta académica, del número de eventos académicos y de títulos publicados. Sin duda esto ha ocurrido y de manera muy notable,⁶ pero ello se debe, en parte al menos, a los procesos naturales de crecimiento de la sociedad y, por tanto, de los recursos dedicados a la educación superior. El valor más profundo de la continuidad radica sobre todo en la posibilidad de realizar proyectos de largo aliento, así como en la de innovar y construir sobre la base de lo existente.⁷

La continuidad y el creciente prestigio de una carrera en la investigación jurídica han sido, en cuarto término, un elemento que favorece la renovación generacional. Después de esa primera generación, entre mediados de la década de los ochenta y mediados de los noventa ingresó en el Instituto una nueva generación, y en estos momentos está incorporándose otra más. Cada una de estas generaciones se ha caracterizado por una formación cada vez más sólida y amplia, con estudios en distintos países del extranjero (España, Italia, Francia, Alemania, principalmente), lo que ha permitido la considerable ampliación de las redes y los contactos académicos del Instituto, dentro y fuera del país.⁸

⁶ Véanse los informes anuales de labores del director del IIJ, publicados a partir de 1980 en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (consultables en www.bibliojuridica.org).

⁷ Menciono como ejemplos de tales proyectos, entre otros, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* (1985, con 19 ediciones hasta 2006), el *Diccionario Jurídico Mexicano* (1982, dos ediciones y numerosas reimpresiones), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (2002) y la *Latinoamericana* (2006), y los *Derechos del pueblo mexicano* (obra patrocinada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, también con varias ediciones).

⁸ Esta actividad de expansión se ha manifestado, sobre todo, en la celebración de numerosos convenios de colaboración con instituciones nacionales y extranjeras, mediante los cuales se acuerdan diversas formas de cooperación académica, como la realización de congresos y otros eventos, la publicación de revistas y libros en coedición, la elaboración de estudios y análisis jurídicos, la impartición de diplomados y cursos de maestría y doctorado, etcétera.

En relación con lo anterior, resulta indispensable mencionar que la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en México en 1975, así como el hecho de que la presidencia la han ocupado dos juristas mexicanos —Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo— y de que su sede se encuentra en el propio IIJ, ha resultado crucial para cimentar el prestigio académico del IIJ en el continente americano y en Europa occidental.

Hemos dicho que Dezalay y Garth insisten en la importancia de que en el Instituto se haya cultivado lo que ellos llaman el “derecho puro”, o “autónomo”, a partir de una visión más abierta e internacional de los estudios jurídicos. En realidad, ésta ha sido la vocación explícita del Instituto —que nació en 1940 con el nombre de Instituto de Derecho Comparado de México—, pues sus fundadores pretendían contribuir al perfeccionamiento del orden jurídico nacional a través del método comparativo. Esta visión, que puede parecer evidente en la actualidad, no lo era de ningún modo entonces en aquel tiempo, no sólo por las considerables dificultades de acceso al derecho extranjero, sino porque en el medio jurídico mexicano se iba introduciendo un creciente nacionalismo —reflejo del clima nacionalista imperante en el país— que propiciaba su aislamiento frente al exterior. Quizá no sea casualidad que haya sido un distinguido profesor español, don Felipe Sánchez Román, a quien se debe la iniciativa directa de fundar el Instituto, pero las autoridades de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia sabían de la importancia que tenía contar con un instituto de estudios jurídicos de esta naturaleza y, sobre todo, estaban conscientes del avance del “nacionalismo jurídico” y sus peligros. En su discurso con motivo de la inauguración del Instituto el 7 de mayo de 1940, don Manuel Gual Vidal, director de la Escuela, señaló que la fundación del Instituto estaba referida “a la situación de México en el continente, a nuestras relaciones de espíritu, de idioma y de tradiciones jurídicas, y por otra parte, al hecho, también comprobado y doloroso, de que México se haya venido apartando cada vez más de las corrientes de ese derecho”.⁹ Y continuó diciendo:

México, sin concurrir a los congresos que en Sudamérica se han celebrado; México, sin hacer estudios de derecho comparado, como no sea por el esfuerzo individual y personal de algunos estudiosos de la materia; México, que a pesar de tener el mérito de ser cabeza en este movimiento, ha abandonado hoy el movimiento mismo. Y lo encontramos totalmente aislado, sin conocer la legislación de otros países con los que nos liga la tradición jurídica, desorientado por las diversas influencias que han sufrido esos países. Es, pues, propósito definido y concreto del Instituto de Derecho Comparado de México, hacer una revisión de esos problemas, estudiar

⁹ Véase “Discurso del Lic. Manuel Gual Vidal, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en la inauguración del Instituto de Derecho Comparado de México el 7 de mayo de 1940”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965)*, México, UNAM, 1965, p. 140.

el derecho de otros países, pero especialmente del continente americano, con la tendencia, nada más la tendencia... de llegar a la unificación, en cada una de sus materias, del derecho americano.¹⁰

Puede decirse que, entre los investigadores del Instituto, fue Héctor Fix-Zamudio quien mejor recibió, de manos de su maestro más cercano y querido, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), y quien más profundizó, desde sus primeros trabajos, esta herencia fundacional, misma que muy pronto lo puso en contradicción con los juristas que rechazaban las “teorías jurídicas extranjerizantes” que se cultivaban en el Instituto. Entre ellos destaca don Ignacio Burgoa Orihuela, quien era un reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y autor de un prestigioso manual sobre el juicio de amparo mexicano.¹¹ No se trataba de una mera diferencia de criterio jurídico, de la dilucidación de teorías jurídicas “correctas” o “falsas”, sino de una visión particular sobre el derecho y los estudios jurídicos mismos, y quizá en ello haya influido la mayor o menor distancia de los participantes frente al *establishment* jurídico-gubernamental de entonces. En todo caso, los comparatistas del Instituto no creían estar haciendo nada extraordinario, pues simplemente consideraban que había que tomar en cuenta los avances generales de la ciencia jurídica para entender mejor el derecho nacional. Después de todo, los creadores de las instituciones jurídicas nacionales más importantes habían sido juristas profundamente interesados en las experiencias de otras latitudes, y ellos mismos estaban conscientes de estar adaptando lo que creían mejor de esas experiencias para la solución de los problemas nacionales. Se entiende, por ello, que los representantes del nacionalismo jurídico hayan percibido como muy incómoda una actitud intelectual que, por ser meramente académica y no ideológica, constituía una crítica demoledora de los mitos y prejuicios que sostenían.

¹⁰ *Idem*. El licenciado Gual Vidal insistió en su discurso en que la fundación del Instituto pretendía contribuir también a la unificación del derecho nacional, igualmente a través de los estudios comparados.

¹¹ La reacción del profesor Burgoa, expresada, sin decir nombres, en el prólogo a su obra más conocida, resulta tanto más explicable, por cuanto Héctor Fix-Zamudio proponía —desde su tesis de licenciatura (1955), intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, y recogida más tarde en su libro *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964— utilizar los conceptos de la teoría general del proceso —elaborada principalmente por juristas alemanes, italianos y españoles— para abordar la más nacional de las instituciones jurídicas mexicanas.

Irónicamente, ha sido esa herencia “extranjerizante” la que ha contribuido, con el tiempo, a hacer de Héctor Fix-Zamudio el estudioso de las instituciones jurídicas mexicanas, como el juicio de amparo, más conocido en el extranjero, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, un participante relevante en los procesos de reforma jurídica nacional. Fue en el Instituto donde se empezaron a estudiar, y de manera principal por el propio Maestro Fix, algunas de las instituciones que estaban teniendo gran desarrollo en el extranjero durante la segunda posguerra, como el *ombudsman*, el consejo de la judicatura, y los tribunales constitucionales,¹² las que más tarde se incorporarían en el derecho mexicano cuando se advirtió que resultaban imprescindibles para la renovación de la vida pública del país.

Todos los elementos anteriores, como ya se dijo, no son suficientes para entender por qué varios miembros del Instituto tuvieron un destacado papel en la preparación y elaboración de algunas de las reformas más importantes de las décadas de los ochenta y noventa. Además de las capacidades individuales y las relaciones personales que pudieron haber influido, se requiere un contexto social y político que explique la necesidad del cambio jurídico e institucional. En efecto, a partir de 1982 y con más fuerza en la década de los noventa, se produce una profunda transformación de las normas e instituciones del derecho mexicano, como consecuencia de la necesidad de encauzar, acompañar y consolidar jurídicamente la liberalización y la apertura de la economía mexicana, así como el proceso de democratización política.¹³ Pero no se trataba de dar simplemente “forma jurídica” a los cambios políticos y económicos, sino que en este proceso el derecho empezó a asumir nuevas funciones de regulación y legitimación, hasta el punto en que puede hablarse del surgimiento de un nuevo modelo o paradigma de derecho, y de una verdadera

¹² En todos estos temas tiene Héctor Fix-Zamudio importantes obras precursoras en la doctrina mexicana, que se remontan a la década de los sesenta.

¹³ De la amplia bibliografía que existe sobre los cambios jurídicos de estos años véase, desde una perspectiva más sociojurídica, López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico mexicano. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997; López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor “«¡Tan cerca, tan lejos!» Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, pp. 503-603. Véase también Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

“transición jurídica”, para calificar al proceso que le da origen y al contexto en el que se desarrolla.¹⁴

Cabe preguntarse ahora si la intervención de Héctor Fix-Zamudio y de otros miembros del Instituto en el proceso de cambio jurídico han tenido alguna orientación en particular, o si carece de un claro hilo conductor. Considérese, en este sentido, que los integrantes del Instituto participaron en la creación, reforma o desarrollo, entre otras, de las siguientes instituciones: la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM (1985); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990); el Tribunal Federal Electoral (1990, ahora Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación); el Tribunal Superior Agrario (1992); la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1987 y 1994) y el Consejo de la Judicatura Federal (1994); el Instituto Federal Electoral (1990); el Instituto Federal de Acceso a la Información (2002); el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2004). Además, varios miembros (o ex miembros) del Instituto han intervenido en otros importantes proyectos de reformas constitucionales y legales (incluyendo los más recientes), tanto federales como de algunas entidades federativas, entre las que destacan varias en materia de procuración e impartición de justicia (como la introducción de los “juicios orales”).

La mayoría de las instituciones y reformas mencionadas tienen un elemento en común: los *derechos humanos* en un sentido amplio.¹⁵ Inde-

¹⁴ Sobre el concepto de transición en el campo del derecho, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, vol. VIII, núm. 2, segundo semestre de 2001, pp. 347-393, y “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Caballero Juárez, José Antonio y Serna de la Garza, José María (eds.), *Transición y Estado de derecho en México*, México, UNAM, 2002, pp. 95-137. Véanse también los demás ensayos reunidos en este último volumen, así como en González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (coords.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 1999.

¹⁵ En un sentido general, quizá habría que agregar aquí la *democracia*, pero se trata de un concepto menos unívoco, respecto del cual seguramente habría menos consenso entre los miembros del Instituto en cuanto a sus modalidades y alcances concretos. Por ello, me concentro en el eje de los derechos humanos, considerando que su defensa incluye la promoción de la democracia.

En cuanto a otros campos distintos de los derechos humanos, conviene mencionar que dos antiguos miembros del Instituto ejercieron importantes responsabilidades como asesores jurídicos en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, los Estados Unidos y Canadá (1991-1993), pero en general el IIJ ha te-

pendientemente de la necesidad “objetiva” de estudiar y promover estos derechos en el mundo contemporáneo, ante la naturaleza del régimen político entonces imperante, pero también debido a los ancestrales rezagos del país en la materia, en la elección de los derechos humanos, como instrumento de la política jurídica, radica una decisión estratégica (consciente o no) de gran fuerza y legitimidad, no sólo porque ese discurso es capaz de desarmar preventivamente cualquier resistencia política directa (¿quién puede estar abiertamente en contra de los derechos humanos?), sino también porque se trata de figuras que naturalmente están insertas en un contexto más amplio que el del Estado-nación.¹⁶

Como ya se ha señalado, tanto desde la perspectiva de los derechos humanos como desde el punto de vista del proceso más amplio de transición jurídica en México, el derecho acrecienta su relevancia no sólo como instrumento de la regulación social (en particular de la económica), sino también como factor de la legitimidad política. Ante el desgaste de los viejos modelos políticos (el presidencialismo), el sistema jurídico parece ofrecer una nueva legitimidad, caracterizada por la despolitización y la racionalización de los conflictos, así como por la imparcialidad de sus decisiones. En términos weberianos, se trata de la legitimidad que genera la legalidad (aunque deba ser una legalidad no puramente formal). Esto permite entender por qué la justicia en general, y los jueces y tribunales en particular, asumen una nueva relevancia en el nuevo modelo de derecho.¹⁷

Lo anterior requiere todavía un elemento más de explicación. Puesto que la transición jurídica mexicana no se produjo mediante ruptura, hay necesidad de legitimar internamente al nuevo derecho, sobre todo ante los antiguos operadores jurídicos, que tienen que entenderlo y aplicarlo en un contexto social más exigente. Es por ello que se recurre a la doctrina, cuya función es la de explorar y vincular al orden jurídico positivo con modelos filosóficos y teóricos más amplios, pero también a las capa-

nido una orientación menos fuerte hacia los temas económicos y, en general, del derecho privado.

¹⁶ Esta es una de las razones por las que Dezalay y Garth hablan de “estrategias internacionales”.

¹⁷ Sobre la legitimidad que ofrece el derecho en un contexto de transición, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, cit., nota 14.

ciudades operativas de los juristas académicos, pues ellos no sólo se han apropiado de esos nuevos modelos, sino que ofrecen la ventaja —la legitimidad, en una palabra— de estar desvinculados de los intereses creados y las prácticas habituales del viejo sistema. Es en este contexto que se revela, en todas sus dimensiones, la importancia de la profesionalización y la institucionalización de la investigación jurídica que se ha logrado en el IJJ. En su lenguaje, tomado fundamentalmente de la sociología de Pierre Bourdieu (1930-2002), Dezalay y Garth dirían que, en el marco de los imperativos económicos y políticos que impone la globalización, el capital académico se transforma en capital jurídico-político, el que otorga tanta mayor influencia a sus detentadores cuanto más deseado es por una elite que desespera por recuperar, a través del derecho, parte de la legitimidad perdida.

Quiero terminar estas líneas en un tono más personal, que sólo puede ser de gratitud hacia Héctor Fix-Zamudio. Lo que el Instituto, la ciencia jurídica mexicana y la vida institucional del país le deben, se refleja, aunque pálidamente, en los párrafos anteriores. Él ha sido ejemplo constante y guía certera para todos nosotros; ha sido, en suma, el ancla de las generaciones del Instituto. La lista particular de lo que yo debo agradecerle, en cambio, es mucho más larga, pero para ello me faltan, y me sobran nuevamente, las palabras. Porque en mi vida yo he cosechado mucho de lo que no he sembrado, le pido ahora, con emoción, que reciba este homenaje como parte de la cosecha de lo que ha sembrado durante más de cincuenta años, y que todos deseamos que sean muchos más.

Héctor FIX-FIERRO*

* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

PREFACIO

En el año de 1956 aparecen los primeros trabajos de Héctor Fix-Zamudio: “Derecho procesal constitucional”,¹ “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”,² “El proceso constitucional”,³ “Estructura procesal del amparo”⁴ y “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”.⁵ En octubre de ese mismo año ingresó al entonces Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) de la Universidad Nacional Autónoma de México.

A cincuenta años de distancia se advierte la trascendencia de aquellas primeras publicaciones que representan el inicio de una brillante carrera académica. Y es por ello que en el año de 2006 comentamos con el doctor Diego Valadés, en aquel momento director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la conveniencia de conmemorar las *bodas de oro* académicas del maestro Fix-Zamudio. El doctor Valadés no sólo acogió con beneplácito la idea sino que nos encomendó la delicada labor de la coordinación del proyecto, que luego respaldó con entusiasmo el actual director de ese Instituto, el doctor Héctor Fix-Fierro.

Se decidió que la obra homenaje tuviera como eje temático al *derecho procesal constitucional*, debido a que esa disciplina ha constituido una de sus preocupaciones fundamentales desde sus primeros ensayos y por representar su principal forjador en los últimos cincuenta años. Así, la presente obra se suma a los dos homenajes anteriores. El primero, publicado por el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1988, conmemorando sus treinta años de investigación en las ciencias ju-

¹ *La Justicia*, t. XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364.

² *Foro de México*, núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12.

³ *La Justicia*, núm. 317, t. XXVII, septiembre de 1956, pp. 12625-12636.

⁴ *La Justicia*, núm. 318, t. XXVII, octubre de 1956, pp. 12706-12712.

⁵ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211.

rídicas;⁶ y el segundo, publicado una década después, en 1998, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reconocimiento a su destacada trayectoria en esa jurisdicción internacional.⁷

La labor de convocatoria y de recepción de los trabajos no fue sencilla. En principio se tuvo en consideración una lista inicial de los juristas más cercanos al doctor Fix-Zamudio, que nos proporcionó gentilmente la señora Evangelina Suárez, su eficiente secretaria de hace casi veinte años. Posteriormente la lista fue creciendo de manera importante debido a los muchos juristas que deseaban participar y que se enteraron del proyecto.

El resultado es el que el lector tiene en sus manos; la participación de más de cuatrocientos juristas a nivel mundial, en la que se unen académicos, profesores, jueces, servidores públicos, discípulos y condiscípulos de varias generaciones, lo que permite un enfoque plural y amplio de la materia central de la obra y también de otras disciplinas jurídicas.

Para mayor claridad sistemática, la obra se divide en doce tomos, distribuidos en cuarenta y seis capítulos, referidos en su mayoría a las temáticas de estudio de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* en su concepción amplia. De esta forma, la obra se compone de los siguientes tomos y capítulos:

TOMO I: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Capítulo I: Teoría general del derecho procesal constitucional

TOMO II: TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

Capítulo II: Tribunales, cortes y salas constitucionales

Capítulo III: Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria

Capítulo IV: Tribunales constitucionales y democracia

TOMO III: JURISDICCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Capítulo V: Justicia y control constitucional

⁶ *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, III ts., 1988.

⁷ *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, II ts., 1998.

Capítulo VI: Control difuso
Capítulo VII: Control constitucional local

TOMO IV: DERECHOS FUNDAMENTALES Y TUTELA CONSTITUCIONAL

Capítulo VIII: Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional
Capítulo IX: Protección horizontal de los derechos fundamentales
Capítulo X: Protección jurisdiccional de los derechos sociales
Capítulo XI: Bloque de constitucionalidad

TOMO V: JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Capítulo XII: Juez constitucional
Capítulo XIII: Sentencia constitucional
Capítulo XIV: Jurisprudencia y precedente constitucional

TOMO VI: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ELECTORAL

Capítulo XV: Interpretación y argumentación constitucional
Capítulo XVI: Interpretación constitucional y derecho internacional
Capítulo XVII: Jurisdicción constitucional electoral

TOMO VII: PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Capítulo XVIII: Hábeas corpus
Capítulo XIX: Amparo
Capítulo XX: Hábeas data y protección de datos personales
Capítulo XXI: Ombudsman y procedimiento de investigación de la Suprema Corte

TOMO VIII: PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

Capítulo XXII: Control constitucional de leyes
Capítulo XXIII: Conflictos entre poderes y órganos del Estado
Capítulo XXIV: Inconstitucionalidad por omisión legislativa
Capítulo XXV: Juicio político y fuero parlamentario
Capítulo XXVI: Control jurisdiccional de la reforma constitucional
Capítulo XXVII: Responsabilidad patrimonial del Estado

TOMO IX: DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

Capítulo XXVIII: Derecho internacional y jurisdicción constitucional transnacional

Capítulo XXIX: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Capítulo XXX: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Capítulo XXXI: Corte Penal Internacional

Capítulo XXXII: Corte Internacional de Justicia

TOMO X: TUTELA JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

Capítulo XXXIII: Debido proceso y tutela judicial

Capítulo XXXIV: Actualidad procesal

Capítulo XXXV: Prueba

Capítulo XXXVI: Derecho procesal civil internacional

TOMO XI: JUSTICIA, FEDERALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Capítulo XXXVII: Administración y procuración de justicia

Capítulo XXXVIII: Estado federal y autonómico

Capítulo XXXIX: Actualidad constitucional

TOMO XII: MINISTERIO PÚBLICO, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Y ACTUALIDAD JURÍDICA

Capítulo XL: Ministerio Público y derecho penal

Capítulo XLI: Derecho (contencioso) administrativo

Capítulo XLII: Derecho de la información

Capítulo XLIII: Derecho fiscal

Capítulo XLIV: Derecho indígena

Capítulo XLV: Derecho laboral

Capítulo XLVI: Derecho privado, informática y telecomunicaciones

Previamente a estos cuarenta y seis capítulos, en el tomo I aparece una breve semblanza y el *curriculum vitae* del doctor Fix-Zamudio. Asimismo, se incorpora un capítulo denominado *Epistolario*, que contiene setenta y cuatro “cartas” que escribieron para esta emotiva ocasión los juristas y discípulos cercanos al Maestro.

A continuación señalamos los cuatrocientos treinta y tres juristas, de treinta y siete nacionalidades que participan en la obra, por orden alfabético de países y autores:

ALEMANIA: Rainer *Grote*, Peter *Häberle*, Mathias *Herdegen*, Norbert *Lösing*, Dieter *Nohlen*, Nicolas *Nohlen* y Hans-Peter *Schneider*.

ANDORRA: Antoni *López Montanya*.

ARGENTINA: Víctor *Abramovich*, Alberto *Alvarado Velloso*, Karina *Ansolabehere*, Roland *Arazi*, Víctor *Bazán*, Roberto Omar *Berizonce*, Pedro J. *Bertolino*, Mario *Cámpora*, Walter F. *Carnota*, Juan *Cianciardo*, Christian *Courtis*, Alberto Ricardo *Dalla Via*, Diego A. *Dolabjian*, Edgardo Alberto *Donna*, Enrique *Falcón*, Gustavo *Ferreya*, Lucas *Giardelli*, Osvaldo Alfredo *Gozaíni*, Ricardo *Haro*, Juan Carlos *Hitters*, Adelina *Loianno*, Gualberto *Lucas Sosa*, Pablo *Manili*, Antonio *María Hernández*, Augusto M. *Morello*, Eduardo *Oteiza*, Jorge *Walter Peyrano*, Oscar *Puccinelli*, Humberto *Quiroga Lavié*, Guido *Risso*, Adolfo Armando *Rivas*, Jorge A. *Rojas*, Néstor Pedro *Sagüés*, María Sofía *Sagüés*, Gustavo *Szarangowicz*, Sebastián Diego *Toledo*, Fernando *Toller*, Carlos *Vallefn*, Jorge Reinaldo *Vanossi*, Alejandro C. *Verdaguer*, Rodolfo L. *Vigo*, Eugenio Raúl *Zaffaroni* y Alberto *Zuppi*.

BÉLGICA: Marcel *Storme*.

BOLIVIA: Jorge *Asbun*, René *Baldivieso Guzmán* y José Antonio *Rivera Santivañez*.

BRASIL: José *Afonso da Silva*, José Carlos *Barbosa Moreira*, Paulo *Bonavides*, Antônio Augusto *Cançado Trindade*, Ivo *Dantas*, Paulo Roberto de *Gouvêa Medina*, Ada *Pellegrini Grinover* y André *Ramos Tavares*.

CABO VERDE: Jorge Carlos *Fonseca*.

COLOMBIA: Jaime *Araujo Rentería*, Ramiro *Bejarano Guzmán*, Mario *Cajas Sarria*, Jaime *Córdoba Triviño*, Juan Carlos *Esguerra Portocarrero*, Ana *Giacomette Ferrer*, Diana *Guarnizo*, José Gregorio *Hernández Galindo*, Alexei *Julio Estrada*, Diego *López Medina*, Hernán *Alejandro Olano García*, Julio César *Ortiz Gutiérrez*, Néstor *Osuna Patiño*, Jairo *Parra Quijano*, Carlos *Restrepo Piedrahita*, Ernesto *Rey*

Cantor, Luis Carlos Sáchica Aponte, Ma. Auxiliadora Solano Monge, Juan Carlos Upegui Mejía y Rodrigo Uprimny.

COSTA RICA: *Gilbert Armijo, Sergio Artavia B., Rubén Hernández Valle, Ernesto Jinesta L., Luis Paulino Mora Mora, Luis Fernando Solano Carrera y Manuel E. Ventura Robles.*

CUBA: *Beatriz Bernal Gómez y Andry Matilla Correa.*

CHILE: *Andrés Bordalí Salamanca, José Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Cecilia Medina Quiroga, Enrique Navarro Beltrán, Humberto Nogueira Alcalá, Miguel Otero Lathrop, Diego Palomo, Marisol Peña Torres, Hugo Pereira Anabalón, Lautaro Ríos Álvarez y Francisco Zúñiga.*

ECUADOR: *Hernán Salgado Pesantes y Santiago Efraín Velázquez Coello.*

EL SALVADOR: *Enrique Anaya, Roberto Cuéllar M., Florentín Meléndez y Manuel Montecinos.*

ESPAÑA: *Eliseo Ajá, Miguel Ángel Alegre Martínez, José Almagro Nose-te, Manuel Aragón Reyes, Pedro Aragonese Alonso, Rafael de Asís Roig, Manuel Atienza, Lorena Bachmaier Winter, Mónica Beltrán Gaos, Juan María Bilbao Ubillos, José Bonet Navarro, Joaquín Brage Camazano, Lorenzo M. Bujosa Vadell, Rafael Bustos Gisbert, Raúl Canosa Usera, Marc Carrillo, José Luis Cascajo Castro, Faustino Cordón Moreno, Luis M. Cruz, Pedro Cruz Villalón, Isabel Davara F. de Marcos, Miguel Ángel Davara Rodríguez, Francisco Javier Díaz Revorio, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado, Víctor Ferreres Comella, Ángela Figueruelo Burrieza, Eduardo García de Enterría, Marina Gascón Abellán, Vicente Gimeno Sendra, Jesús María González García, Jesús González Pérez, Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Jorge Lozano Miralles, Rafael Márquez Piñero, Augusto Martín de la Vega, Fernando Martín Díz, José Martín Ostos, Juan Montero Aroca, Pablo Morenilla, Víctor Moreno Catena, Julio Muerza Esparza, Andrés de la Oliva Santos, Andrés Ollero, Emilio Pajares Montolio, Luciano Parejo Alfonso, Antonio-Enrique Pérez Luño, Javier Pérez Royo, Pablo Pérez Tremps, Joan Picó I Junoy, Luis Prieto Sanchís, Francisco Ramos Méndez, Fernando Rey Martínez, Juan Luis Requejo Pagés, Miguel Revenga Sánchez, Pedro Rivas, Sonia Rodríguez Jiménez, Patricia Rodrí-*

guez-Patrón, Fdo. Francisco Rubio Llorente, Carlos Ruiz Miguel, Pedro Serna, Javier Tajadura Tejada, Isabel Tapia Fernández, Antonio Torres del Moral, José Luis Vázquez Sotelo, Pedro de Vega y Carlos Vidal Prado.

ESLOVENIA: Arne Marjan Mavčič.

ESTADOS UNIDOS: Martín Shapiro y Robert F. Williams.

FRANCIA: Jean-Claude Colliard.

GRECIA: Konstantinos D. Kerameus.

GUATEMALA: Mario Aguirre Godoy, Larry Andrade-Abularach, Mauro Chacón Dorado y Jorge Mario García Laguardia.

HONDURAS: Francisco Daniel Gómez Bueso.

INGLATERRA: John Anthony Jolowicz.

ISRAEL: Stephen Goldstein.

ITALIA: Italo Augusto Andolina, Paolo Biavati, Michelangelo Bovero, Federico Carpi, Alfonso Celotto, Sergio Chiarloni, Giuseppe de Vergottini, Luigi Ferrajoli, Tania Groppi, Paolo Grossi, Pierfrancesco Grossi, Ricardo Guastini, Luca Mezzetti, Marco Olivetti, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Giancarlo Rolla, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Michele Taruffo, Vincenzo Vigoritti y Gustavo Zagrebelsky.

LITUANIA: Egidijus Jarašiūnas y Stasys Stačiokas.

MACAU: Paulo Cardinal.

MÉXICO: Juan Manuel Acuña, Jorge Adame Goddard, Horacio Aguilar Álvarez de Alba, Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, Emilio Álvarez Icaza Longoria, Walter Arellano Hobelsberger, Gonzalo Armienta Calderón, Juan Federico Arriola, Elisur Arteaga Nava, César Astudillo, Carlos Báez Silva, Daniel A. Barceló Rojas, Arturo Bárcena Zubieta, Manuel Barquín Á., José Barragán Barragán, Luis de la Barreda Solórzano, Manuel Becerra Ramírez, Adriana Berrueco García, Ingrid Brena Sesma, Luis Broderman Ferrer, Rodolfo Bucio Estrada, Néstor de Buen Lozano, José Antonio Caballero, José Luis Caballero Ochoa, Enrique Cáceres Nieto, Miguel Carbonell, Jaime Cárdenas, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Jorge Carpizo, Constancio Carrasco Daza, Manlio Fabio Casarín León, Milton Emilio Castellanos Goût,

Juventino V. *Castro y Castro*, Cynthia *Chanut Esperón*, David *Cienfuegos*, Germán *Cisneros Farías*, Rafael *Coello Cetina*, Víctor Manuel *Collí Ek*, Lorenzo *Córdova Vianello*, Edgar *Corzo Sosa*, José Ramón *Cossío Díaz*, José de Jesús *Covarrubias Dueñas*, Óscar *Cruz Barney*, Osmar Armando *Cruz Quiroz*, Francisco José *De Andrea S.*, Enrique *Díaz Aranda*, José Hugo Augusto *Díaz-Estúa Avelino*, Luis *Díaz Müller*, Juan *Díaz Romero*, Javier *Dondé Matute*, Ma. Macarita *Elizondo Gasperín*, Miguel *Eraña Sánchez*, Rafael *Estrada Michel*, Jorge *Fernández Ruiz*, Eduardo *Ferrer Mac-Gregor*, Héctor *Fix-Fierro*, Imer B. *Flores*, José Fernando *Franco González Salas*, Flavio *Galván Rivera*, José *Gamas Torruco*, Máximo *Gámiz Parral*, Marco César *García Bueno*, Gumesindo *García Morelos*, Sergio *García Ramírez*, José Alfredo *García Solís*, Paula María *García-Villegas Sánchez-Cordero*, Raymundo *Gil Rendón*, Mara *Gómez Pérez*, Alonso *Gómez Robledo*, Genaro David *Góngora Pimentel*, Juan Luis *González Alcántara y Carrancá*, Carlos *González Blanco*, Héctor *González Chévez*, Jorge Alberto *González Galván*, Nuria *González Martín*, Manuel *González Oropeza*, Raúl *González Schmal*, José de Jesús *Gudiño Pelayo*, Juan Carlos *Gutiérrez*, Rodrigo *Gutiérrez*, Juan de Dios *Gutiérrez Baylón*, Iván Carlo *Gutiérrez Zapata*, Manuel L. *Hallivis Pelayo*, Ma. del Pilar *Hernández*, María Amparo *Hernández Chong Cuy*, Alfonso *Herrera García*, Carla *Huerta*, Francisco *Ibarra Palafox*, Olga *Islas de González Mariscal*, Alfredo *Islas Colín*, Patricia *Kurczyn Villalobos*, Mauricio *Lara Guadarrama*, Leoncio *Lara Sáenz*, José Manuel *Lastra Lastra*, Gerardo *Laveaga*, Andrés *Lira González*, Sergio *López-Ayllón*, Miguel Alejandro *López Olvera*, Margarita Beatriz *Luna Ramos*, Ana Laura *Magaloni Kerpel*, Daniel *Márquez*, Raúl *Márquez Romero*, Fabiola *Martínez Ramírez*, Edgardo *Martínez Rojas*, Mario *Melgar Adalid*, Ricardo *Méndez Silva*, Jorge *Meza Pérez*, Javier *Mijangos y González*, Gonzalo *Moctezuma Barragán*, César de Jesús *Molina*, Cecilia *Mora-Donatto*, Carlos A. *Morales-Paulín*, Jorge *Nader Kuri*, José Ramón *Narváez*, Carlos F. *Nataren*, César *Nava Escudero*, Salvador Olimpo *Nava Gomar*, Santiago *Nieto Castillo*, Alfonso *Oñate*, Jorge R. *Ordóñez E.*, José Emilio *Rolando Ordóñez Cifuentes*, Lina *Ornelas Núñez*, J. Jesús *Orozco Henríquez*, José *Ovalle Favela*, Ruperto *Patiño Manffer*, Raúl *Pérez Johnston*, Valeriano *Pérez Maldonado*, Carlos *Pérez Vázquez*, Raúl

Plascencia Villanueva, José Luis Prado Maillard, Elvia Arcelia Quintana Adriano, Alejandro Quijano Álvarez, Karla I. Quintana Osuna, Emilio Rabasa Gamboa, Laura M. Rangel Hernández, Gabriela Ríos Granados, José Roldán Xopa, Alberto Saíd, Pedro Salazar Ugarte, Javier Saldaña, Luis Gerardo Samaniego Santamaría, Alfredo Sánchez Castañeda, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Rubén Sánchez Gil, Ulises Schmill, Ricardo J. Sepúlveda I., José Ma. Serna de la Garza, Fernando Serrano Migallón, Dora María Sierra Madero, Juan Carlos Silva Adaya, Fernando Silva García, José Luis Soberanes Fernández, Humberto Suárez Camacho, Evangelina Suárez Estrada, Julio Téllez Valdés, Karla Beatriz Templos Núñez, Rodolfo Terrazas Salgado, Pedro Torres Estrada, Francisco Tortolero Cervantes, José Juan Trejo Orduña, Jean Claude Tron Petit, Gonzalo Uribarri Carpintero, Diego Valadés, Clemente Valdés, Salvador Valencia Carmona, Sergio Armando Valls Hernández, Francisco Vázquez-Gómez Bisogno, Rodolfo Vázquez, Juan Vega Gómez, Ernesto Villanueva, Jorge Witker y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

NICARAGUA: Iván Escobar Fornos y Francisco Rosales Arguello.

PANAMÁ: Arturo Hoyos y Sebastián Rodríguez Robles.

PARAGUAY: Jorge Silvero Salgueiro.

PERÚ: Samuel B. Abad Yupanqui, Ernesto Blume Fortini, Edgar Carpio Marcos, Susana Ynes Castañeda Otsu, Luis Castillo Córdova, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde, Diego García Sayán, Víctor García Toma, Carlos Hakansson Nieto, César Landa, Juan Monroy Gálvez, José F. Palomino Manchego, Carlos Parodi Remón, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Fernando Vidal Ramírez.

POLONIA: Krystian Complak.

PORTUGAL: Jorge Miranda.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: Jean Cadet Odimba.

REPÚBLICA DOMINICANA: Eduardo Jorge Prats y Olivo A. Rodríguez Huertas.

SUDÁFRICA: Wouter L. de Vos.

URUGUAY: Augusto *Durán Martínez*, Eduardo G. *Esteva Gallicchio*, Jaime *Greif*, Héctor *Gros Espiell*, Ángel *Landoni Sosa* y Leslie *Van Rompaey*.

VENEZUELA: Alirio *Abreu Burelli*, Carlos *Ayala Corao*, Alberto *Baumeister Toledo*, Alberto *Blanco-Uribe Quintero*, Allan R. *Brewer Carías*, Jesús M. *Casal H.*, José Vicente *Haro García*, Ricardo *Henríquez La Roche*, Michael *Núñez Torres* y Mariolga *Quintero Tirado*.

Como podrá advertir el lector, se trata de un esfuerzo colectivo a nivel mundial. La calidad y cantidad de los trabajos sólo pudo haberse logrado por la autoridad moral e intelectual del convocante, que tanto ha contribuido al desarrollo del derecho público de nuestro tiempo y especialmente a la consolidación de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

A nombre del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la editorial Marcial Pons y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, agradecemos a cada autor su entusiasta colaboración. Con profunda admiración y cariño la comunidad jurídica internacional se une para honrar a uno de los juristas de habla hispana más querido, respetado y reconocido en el mundo, con motivo de sus cincuenta años (1956-2006) de continua y fructífera labor intelectual.

¡Enhorabuena *Maestro* Héctor Fix-Zamudio!

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA

Ciudad de México, Primavera de 2008

SEMBLANZA DEL MAESTRO HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

Héctor Fix-Zamudio nació en el centro histórico de la ciudad de México el 4 de septiembre de 1924. Su abuelo paterno, Lucien Fix, llegó de Francia en el siglo XIX. Es el primer hijo del matrimonio de don Felipe Fix y Ruiz de Velasco originario de Cuernavaca, Morelos, y doña Ana María Zamudio Cantú, que procedía de Ciudad Victoria, Tamaulipas. Sus hermanos menores se llamaron Graciela, Jorge y René. Le sobrevive su hermana Margarita, con quien mantiene una estrecha relación.

Estudió principalmente en escuelas públicas. La primaria la realizó en dos instituciones: una anexa a la Normal de Maestros y otra denominada República de Brasil. La secundaria en la Escuela Secundaria número 4: Moisés Sáenz, ubicada en Santa María la Ribera, en pleno centro de la ciudad de México. En esa época tuvo como maestros a José Calvo (literatura española), Ofelia Garza de del Castillo (español) y Carlos Pellicer (historia universal), que influyeron en su formación humanista.

El bachillerato lo cursó en la Escuela Nacional Preparatoria en el Antiguo Colegio de San Ildefonso, también en el centro histórico de la ciudad de México (1940-1942). Fue en esa época donde definió su clara vocación por la historia y el derecho, al optar por el bachillerato en el área de “Humanidades”. Influyeron sensiblemente en su formación Erasmo Castellanos Quinto (literatura universal), Joaquín Ramírez Cabañas (historia), Hilario Medina (historia universal), Agustín Yáñez (literatura), Adolfo Menéndez Samará (introducción a la filosofía) y Juan Sánchez Navarro (introducción a la historia del derecho).

Estudió derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho) de la UNAM (1942-1949). Entre sus maestros figuran juristas de la talla de Juan Sánchez Navarro y Peón (introducción al estudio del derecho), Javier de Cervantes (derecho romano), José Castillo

Larrañaga (derecho procesal), Mario de la Cueva (teoría del Estado), Manuel Marván (derecho del trabajo), José Campillo Sáinz (derecho del trabajo), José Castro Estrada (derecho administrativo), Leopoldo Aguilar (derecho civil), Salvador Azuela (derecho constitucional), Antonio Martínez Báez (derecho constitucional), Antonio Carrillo Flores (derecho administrativo) y Vicente Peniche López (juicio de amparo). Desde estudiante afloró su predilección por el estudio del juicio de amparo, asistiendo como oyente a las clases impartidas por Alfonso Noriega Cantú.

Se tituló con mención honorífica el 18 de enero de 1956, con la tesis denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, que había concluido en 1955. El jurado del examen estuvo integrado por Lucio Cabrera Acevedo, José Castillo Larrañaga, Mariano Azuela Rivera y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Dedicó cinco años a la elaboración de este trabajo, que fue dirigido por los procesalistas José Castillo Larrañaga y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Este último jurista español, radicado por más de treinta años en México (1946-1976), influyó en su dedicación a la investigación y docencia. Fix-Zamudio se convirtió en uno de sus principales discípulos dentro de la honda escuela que forjó.

Su inicial trabajo tuvo una gran repercusión en los años siguientes. Lo publicó parcialmente en diversas revistas en ese mismo año (1956) y luego de manera íntegra como parte de su primer libro: *El juicio de amparo* (México, Porrúa, 1964). Constituye, por una parte, el primer estudio sistemático sobre la ciencia del derecho procesal constitucional como disciplina jurídico procesal. Por la otra, inicia la etapa que él mismo denomina como de “reivindicación procesal del amparo”, entendiendo que la máxima institución procesal mexicana debía estudiarse fundamentalmente como proceso constitucional y no sólo como institución política.

En 1960 casó con María Cristina Fierro González, originaria de la ciudad de México. Compañera inseparable que durante cuarenta y tres años apoyó su trayectoria en funciones judiciales y como investigador jurídico. Tuvieron cuatro hijos: Héctor Felipe, María Cristina, Carlos Enrique e Imelda; y seis nietos: Valentina, Fabián, Markel, Verena, Adrián y Héctor Daniel. Su familia ha representado un estímulo permanente de aliento en sus labores académicas. Su primogénito, Héctor Fix- Fierro, siguiendo los

pasos de su padre, es un reconocido investigador y actualmente director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Realizó sus estudios de posgrado en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la propia UNAM (1964-1965), obteniendo el grado de doctor el 1o. de marzo de 1972, con la mención *Magna Cum Laude*. El jurado estuvo integrado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en calidad de director, Luis Recaséns Siches, Alfonso Noriega Cantú, Antonio Carrillo Flores y Antonio Martínez Báez. Su tesis de grado fue ampliada en los años siguientes y publicada en España con el nombre de *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* (Madrid, Civitas, 1982).

Su actividad profesional se ha bifurcado en dos senderos: la función judicial y la actividad académica. Han sido sus dos “vocaciones”, como él mismo lo ha señalado. Siendo estudiante laboró durante breve tiempo en una notaría e ingresó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de junio de 1945, como auxiliar en la Secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala. Durante diecinueve años laboró en el Poder Judicial de la Federación, ocupando diversos cargos judiciales: actuario con funciones de secretario de Juzgado de Distrito (1957), secretario de Tribunal Colegiado de Circuito (1956-1957), hasta secretario de Estudio y Cuenta adscrito al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1958-1964). Renunció el 30 de julio de 1964 para dedicarse de tiempo completo a la enseñanza e investigación jurídicas. Esa decisión vocacional marcó su futuro académico, que ha mantenido a pesar de ofrecimientos en varias ocasiones para ocupar el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ingresó como investigador por contrato al Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) en octubre de 1956 y de tiempo completo en agosto de 1964. Fue director de ese Instituto por doce años (1966-1978) y designado *investigador emérito* del mismo por el Consejo Universitario en 1987. Ha sido miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) desde su creación en 1984, e *investigador emérito* del mismo sistema desde 1996.

Como universitario ha tenido una destacada participación en momentos difíciles de la UNAM, al redactar las bases jurídicas que llevaron a superar el conflicto laboral de 1972. Contribuyó a los festejos de la autonomía universitaria en 1979 y a la creación de la Defensoría de los Dere-

chos Universitarios en 1985. Formó parte de la Junta de Gobierno de la UNAM (1981-1988).

Ha sido profesor de la asignatura Juicio de Amparo en su *alma mater*, la Facultad de Derecho de la UNAM, durante treinta y dos años ininterrumpidos (1964-1996). Además de impartir cátedra en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad (1966-1994), ha impartido cursos y participado en numerosos congresos y seminarios en universidades nacionales y del extranjero.

Es miembro de un importante número de asociaciones científicas nacionales e internacionales, destacando la Academia Mexicana de Ciencias; El Colegio Nacional; la Academia Internacional de Derecho Comparado; la Asociación Internacional de Derecho Procesal; la Unión de Profesores para el Estudio del Derecho Procesal Internacional; la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (presidente honorario desde 2003) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del cual fue Presidente titular (1975-1992) y actualmente presidente *honorario vitalicio* (desde 1992).

Entre sus principales premios y distinciones destacan: el Premio de la Academia de la Investigación Científica (1963); el Premio Nacional de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía (1982); el Premio Internacional conferido por la UNESCO sobre la enseñanza de los derechos humanos (1986); la Medalla al Mérito Universitario en el campo de la investigación (1990); el Premio Universidad Nacional en Investigación en Ciencias Sociales (1992); el Premio Nacional de Jurisprudencia, otorgado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (1994); la Medalla Belisario Domínguez, otorgada por el Senado de la República (2002), y el Premio Internacional “Justicia en el Mundo” otorgado por la Unión Internacional de Magistrados (Madrid, 2004).

Ha recibido el doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Sevilla, España (1984); la Universidad de Colima, México (1992); la Universidad Externado de Colombia (1998); la Pontificia Universidad Católica de Perú (2001); la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (2002); la Universidad Complutense de Madrid (2003); la Universidad Los Andes en Huancayo, Perú (2007), y el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán (2007).

Durante más de cincuenta años sus investigaciones, siempre caracterizadas por la utilización del método histórico comparativo, se han centrado en tres ejes fundamentales: el derecho procesal, el derecho constitucional y los derechos humanos. De manera particular, representa el principal forjador de una nueva disciplina jurídica que se encuentra en la actualidad en pleno desarrollo: *la ciencia del derecho procesal constitucional*, que da nombre precisamente a la presente obra colectiva en su honor y en la que participan más de cuatrocientos juristas de treinta y siete nacionalidades.

Tiene más de cuatrocientas publicaciones, entre las que figuran libros, artículos, ensayos monográficos, traducciones, prólogos y presentaciones, en el ámbito nacional como internacional. Autor de más de veinte libros: *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño* (et al., 1963); *El juicio de amparo* (1964); *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965* (1968); *Constitución y proceso civil en Latinoamérica* (1974); *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos* (1980, 2a. ed., 1985); *Metodología, docencia e investigación jurídicas* (1981, 13a. ed., 2006); *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* (1982); *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano* (1983); *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos* (1988); *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos* (1991, 2a. ed., 1999); *Derecho procesal* (con José Ovalle Favela, 1991, 2a. ed., 1993); *Ensayos sobre el derecho de amparo* (1993, 3a. ed., 2003); *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos* (1993, 2a. ed., 2001); *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal* (1995); *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano* (con José Ramón Cossío, 1996, 3a. reimp., 2003); *El consejo de la judicatura* (con Héctor Fix-Fierro, 1996); *México y la declaración de derechos humanos* (coord., 1999); *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2a. ed., 1999); *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona, 1999, 5a. ed., 2007); *Introducción al derecho procesal constitucional* (2002); *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo* (2004); *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano* (1994, 3a. ed., 2005); y *El derecho de amparo en el mundo* (coord. con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2006).

En el ámbito internacional destacó como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986-1998), siendo su presidente durante dos periodos consecutivos (1990-93 y 1995-97); y miembro de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías de la ONU (suplente desde 1988 y titular 1998-2001), en Ginebra, Suiza.

El maestro Héctor Fix-Zamudio tiene innumerables discípulos entre los cuales se encuentran los principales juristas de nuestro país. Su escuela se ha extendido allende las fronteras y su pensamiento está presente en los cambios legislativos, jurisprudenciales e institucionales de Latinoamérica. Es considerado en la actualidad el jurista mexicano más reconocido en el mundo y uno de los humanistas iberoamericanos de mayor influencia, querido y respetado, en el derecho público de nuestro tiempo.



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ALGUNAS ACOTACIONES SOBRE LOS PODERES
DE INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES
A LAS NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.
INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN DERECHO
VENEZOLANO*

Alberto BAUMEISTER TOLEDO**

Todos estamos bajo la Constitución, pero
los jueces dicen qué es la Constitución.

HUGHES, 1907***

SUMARIO: I. *Complicaciones y precisiones en torno al tema objeto del presente estudio.* II. *Lo que en doctrina se entiende por interpretación constitucional.* III. *Breves observaciones sobre los tipos de interpretación constitucional según la doctrina predominante.* IV. *Algunas anotaciones en torno a los métodos de interpretación constitucional y los principios de la interpretación constitucional.* V. *Conclusiones.*

En la materia referida en esta colaboración tiene especial relevancia todo cuanto ha estudiado y disertado el homenajeado, tal como lo veremos más adelante en el examen que nos proponemos realizar.

* Trabajo especial para el libro homenaje al ilustre maestro latinoamericano doctor Héctor Fix-Zamudio, eje primigenio de los estudios de derecho constitucional en nuestro Continente. El material es un ajuste y puesta al día sobre el trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, presentado por el autor con motivo de su designación como individuo de número de dicha corporación.

** Abogado y especialista en derecho privado y en derecho financiero por la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Venezuela (UCAB).

*** Citado por César Landa, "Teorías de la interpretación judicial", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, t. III, p. 2801.

Con ello una vez más se pone de relieve el importante trabajo que siempre ha llevado a cabo el maestro Fix-Zamudio, eje fundamental del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional en nuestro continente, cuyas ideas no dejan de repicar en todos los autores que de alguna forma tenemos relación con esta novedosa rama de la actividad procesal y el derecho constitucional.

Espero y aspiro que este homenaje dé fuerza al maestro para que continúe viviendo activo como siempre entre nosotros y sirviéndonos de faro y acicate en torno a cuanto especulemos en esta hermosísima y significativa rama del derecho que cada vez más toma arraigo e importancia en la doctrina moderna y tiene tan destacada importancia en nuestro entorno continental.

I. COMPLICACIONES Y PRECISIONES EN TORNO AL TEMA OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

Dije en la oportunidad en que me correspondió por primera vez exponer sobre el tema, que con la más absoluta modestia confesaba en primer término que este trabajo no tiene mayores pretensiones que las derivadas de querer exponer en forma más o menos ordenada, un asunto hasta cierto punto de vista novedoso en nuestra Venezuela, donde estábamos estrenando el sistema de una Sala Constitucional, con las mismas funciones de los Tribunales Constitucionales tan tratados en la doctrina y legislaciones contemporáneas.

Su actualidad, no resulta de lo novedoso del tema, pues realmente el mismo viene acompañando ya hace algunos años la historia del constitucionalismo y resulta realmente complejo y debatido, en todos los ordenamientos y sistemas, pues se trata, precisamente de poder determinar hasta donde pueden llegar esas potestades de interpretación de la Constitución por parte de los Jueces de los Tribunales Constitucionales.

Aclaro pues que en estas líneas que siguen no tengo pretensiones de que con ellas esté elaborando un análisis siquiera semiprofundo del problema y que ni aun dentro de estos estrictos límites, este pretendiendo con ello que el mismo sea considerado agota la materia, ni quede dicha la última palabra en cuanto a esa temática.

En materia constitucional, procesal constitucional, de justicia constitucional, y más precisamente, en torno al tema de los límites de los poderes

y facultades de los tribunales constitucionales para interpretar y aplicar las Constituciones, luego de que cualquier curioso estudioso del derecho haya analizado algunas paginas de obras de serios entendidos en la materia, estamos seguros de que claramente podrá sostener que nunca se agotará el tema, nunca estará terminado de decirse todo cuanto se debe, ni de corregir todo cuanto se haya dicho, hoy lo afirmo con profundo convencimiento, y con mayor interés, pues si en los regímenes constitucionales precedentes a la actual Constitución Nacional solíamos no con constante frecuencia analizar algunos fallos sobre constitucionalidad e inconstitucionalidad, hoy, a la luz de la nueva carta magna¹ y con la incorporación que en la misma se hizo del sistema de recurso de interpretación constitucional y pronunciamientos sobre inacción del Poder Legislativo, la problemática al respecto ha variado considerablemente y para todos por igual, toma relevante importancia e interés cuanto atañe a esas potestades interpretativas.

No tengo pues la menor duda en destacar que uno de los temas quizás más polémicos en materia constitucional, lo es precisamente el de la interpretación de la Constitución y su dinámica y *per se*, anticipa una pluralidad inagotable de situaciones por examinar, e inclusive aquellas que han sido objeto de análisis, no precisamente pueden conducir a reputar que están del todo resueltas, por ello, creo que una lección de prudencia en esta materia es la del profesor Raúl Canosa Usera² cuando declara “...ya anticipo que tales situaciones seguirán quedando irresueltas pues no me propongo otra cosa que esbozarlas sin afán alguno de resolverlas, entre otros motivos porque estoy firmemente convencido de la imposibilidad de hallar soluciones inequívocas...”.

También resulta igualmente cierta otra afirmación del mismo citado autor, cuando en el mismo trabajo destaca que la materia de “interpretación constitucional” es un quehacer sobre manera abierto, exitoso solo cuando

¹ *Gaceta Oficial* (en lo sucesivo *GO*) núm. 36.860 del 30 de diciembre de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela y con la observación de que dicha Constitución nuevamente fue publicada con “correcciones de gramática, sintaxis y estilo” y con su exposición de motivos, en la *GO* 5.453, extraordinaria del 24 de marzo, según algunos entendidos sin seguirse el proceso formal para dichos cambios ni incorporaciones. En todo caso, la última publicación se la tiene como el cuerpo formal de nuestra carta magna y la cual se la conoce de manea general y así la aludiremos como “Constitución de 1999”.

² Canosa Usera, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, t. III, p. 2601.

contribuye a la correcta aplicación de los preceptos de la Constitución, pero afirmando, que tal apreciación debe ser matizada, en tanto *per se* la interpretación constitucional es problemática en su método, en su objeto y en sus protagonistas, concluyendo sus observaciones, indicando que “prueba de esa problematicidad es la innumerable serie de posiciones doctrinales que se han elaborado sobre uno de esos tres puntos” y ello, según lo destaca el mismo citado autor, es “demostración clara de la dinamicidad de la interpretación constitucional y su esencial resistencia a ser encasillada como proceso verificable siempre bajo las mismas pautas”.³

Por añadidura para sintetizar que tan cierto es lo que atañe a esa problemática, advierte también dicho autor que la teoría de la interpretación constitucional, es en particular tributaria del concepto Constitución, sobre la que se sustente y al respecto vale la pena recordar por igual que “tampoco se ha acordado un concepto de Constitución con todos sus elementos indiscutibles en la medida en la que cada ley fundamental, acaba imponiendo un concepto propio del mismo”, por lo anterior concluye el mismo Canosa, “toda interpretación es la de la respectiva Constitución interpretada, y debe partir del concepto de ella misma inferido”.

Pero con lo dicho tampoco terminan los problemas, según el mismo citado autor, pues tampoco puede decirse que a estas alturas la doctrina y ciencia constitucional haya logrado siquiera acuerdo sobre lo que son algunos elementos comunes a todo Estado constitucional, elementos estos, además generalizados en las últimas décadas y por eso, pese a todo lo antes dicho, puede hablarse de un Estado constitucional cuyos rasgos ideales se encuentran con matices en las plasmaciones históricas del presente. Este tipo de Estados representa, según Canosa, el intento más acabado de someter la política al derecho, de purificar —constitucionalizar— lo político, todo lo cual ha provocado también extremos tales como los de considerar que la política, al efectivamente estar sometida a normas, deja de ser política, lo que obliga a comentarios como los que hace Stern.⁴ “el derecho sin política es como navegar sin agua, pero la política sin derecho es como navegar sin brújula” y es por ello, concluye nuestro comentado autor, “se han llegado a hermosas creaciones teóricas como aquellas de pretender navegaciones de secano”.⁵

³ *Ibidem*, p. 2061.

⁴ Citado por Canosa, *op. cit.*, nota 2.

⁵ *Ibidem*, p. 2602.

Continúa destacando Canosa:

...La juridificación de lo político traía aparejada inexorablemente la colocación de la norma que tal hiciera en la cúspide del ordenamiento jurídico para vincular no solo a los tradicionales sujetos pasivos de la Ley, sino también, al mismo creador de la Ley. Y como soberano es justamente quien está por encima de la Ley y nada ni nadie lo está en el Estado constitucional, salvo la propia Constitución, esta resulta entonces soberana. Se habla así de soberanía de la Constitución aunque esta invoque una soberanía nacional y popular que, a la postre solo se hace visible en el momento de fundar o refundar el estado, es decir, en el instante constituyente. Una vez que existe, no hay más soberanía que la de la Constitución.

El mismo autor comentado continúa precisando:

...tiene lugar aún una última y definitiva objetivización de la soberanía puesto que toda acción jurídicamente legítima deriva mediata o inmediatamente de la Constitución. Nadie está entonces por encima de ella, pero —aquí la objetivización— la Constitución no es por sí misma voluntad sino expresión de la voluntad del sujeto constituyente que luego de actuar desaparece. Toda voluntad incluyendo la del legislador democrático se halla sometida a la Constitución, la soberanía por ello se hace por primera vez incorporal. Ni un rey ni un parlamento efectivamente libres: nadie dispone ya de las primeras decisiones políticas, las esenciales, porque quedaron cristalizadas en la norma fundamental.

La última y más perfecta objetivización de la soberanía coincide con la emergencia de sociedades complejas, plurales, las constituciones se plasman como órdenes abiertos, en donde no hay valores absolutos. El pluralismo axiológico conduce así a ‘constituciones abiertas’, donde lo único absoluto acaso sea su apertura constante y necesaria.

Por esto último comenta dicho autor: “...el único órgano que pudiera encarnar, personificar, la soberanía (entendida como voluntad última e incondicionada), es decir, el Tribunal Constitucional u órgano similar no puede hacer otra cosa que limitarse a mantener abierto el marco constitucionalmente fijado y garantizar margen suficiente a las mayorías sucesivas para que estas desarrollen la Constitución según sus opciones programáticas”.

Pero, llegado a este punto, por igual tiene que reconocerse con el autor que venimos comentando, que la lógica del Estado constitucional nos conduzca así al punto más polémico de su funcionamiento: “la posibili-

dad de que el máximo interprete de la Constitución se convierta en amo de la Constitución”, con lo cual según Canosa, el asunto se convierte en esencialmente irresoluble desde la perspectiva política y democrática.

Los esfuerzos que como en la teoría de Kelsen procuran solucionar el problema, buscando salvaguardar la libertad del legislador, ante el control de constitucionalidad de los Tribunales Constitucionales, limitando el papel de estos y los efectos de sus sentencias, mediante la radical separación de los planos de constitucionalidad y el de legalidad, tampoco son la clara solución de esta temática.

Se dice, no obstante, que en el caso del ejemplo de la justicia constitucional estadounidense ésta responde a premisas diferentes y allí entonces el control constitucional sólo puede entenderse en el contexto de la relación *entre Tribunal Constitucional y legislador democrático*, y sólo así se explica que los más inteligentes autores —según lo destaca Canosa—: “cuando han opinado sobre ella, concluyen como Mortati⁶ en que el único modo de pacificar esas relaciones es el “*self restraint*”, el auto control del Tribunal, es decir la deliberada tendencia de ese órgano a dejar margen al legislador para que con libertad desarrolle la Constitución”.

El recubrimiento teórico de este proceder consiste, como es sabido, según Canosa “...en presumir la constitucionalidad de la ley. La presunción de constitucionalidad de la ley trata de combinar el control de constitucionalidad y la supremacía de la Constitución que lo justifica con la majestad democrática de la ley. En otras palabras armonizar el principio de constitucionalidad con el principio democrático”.

Ya volveremos más adelante sobre estas apreciaciones, pero queda hasta aquí de sobra establecido lo complejo y difícil que resultan buscar soluciones precisas y terminantes en torno a toda esta materia.

Antes de terminar estas ideas preliminares se me hace pertinente por igual al menos enunciar el porque se ha escogido al Poder Judicial, como aquél de los poderes a quienes puede confiarse esta delicada función, de cierto modo usurpándola del verdadero poder del pueblo, del “constituyente”, a pesar de que como hemos visto su vivencia y durabilidad resulta ser particularmente efímera.

Arturo Hoyos⁷ en su interesante obra sobre la materia en Panamá, haciendo suya la frase de Hamilton en el “*Federalist*” señala: “...el poder

⁶ *Ibidem*, p. 2603.

⁷ Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Colombia, Temis, 1993, pp. 36 y ss.

judicial ...No tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa, ni dirección de la fuerza o de la riqueza de la sociedad y tampoco puede tomar resoluciones activas...” con lo cual le justifica dicho rol, a nuestra manera de ver en forma excelsa.

En verdad, señala Wolfe: “puede decirse que no tiene ni fuerza ni voluntad, sino solamente juicio”.⁸

Tales consideraciones como lo advierte Hoyos, llevaron a los constitucionalistas norteamericanos Lawrence Tribe y Michael Dorf, así como al famoso maestro italiano Cappelletti, a sostener que el órgano judicial, al no tener poder sobre la fuerza pública ni sobre el presupuesto ni los tributos, era la “rama menos peligrosa” del poder público.⁹

De su parte, hay también autores que opinan que ello no fue la causa real de ese predominante papel de los jueces, sino que ello derivó del propio “activismo” que han venido desarrollando aquellos en los últimos años, y por la falta de un control supremo sobre ellos y la fuerza acumulativa de sus precedentes, ello ha sido así cuando menos en los Estados Unidos de América, pues sigue siendo la rama menos controlable del poder público y es lo que hace pertinente la preocupación de “Juvenal” ya vigente desde hace muchos siglos “*Sed quis custodiet ipsos custodes*”, esto es ¿quién controla a los que nos controlan?

Y advertimos, al igual que lo hace Hoyos, que todo ello, lo es a pesar de que en nuestra Latinoamérica, el Poder Judicial y en especial el “juez constitucional” ha tenido que enfrentarse a toda clase de penurias y limitaciones económicas y a la presión de los militares en las últimas décadas, lo que le ha convertido como el más débil de los poderes del Estado, pero con todo y eso, la interpretación constitucional en manos de los jueces constitucionales, se ha desenvuelto en un cierto ambiente de independencia, y por ello debe reconocérsele ha sido muy creativa y dinámica, pero también hay que aceptar que en otros países latinoamericanos, aún de mayor tradición y cultura jurídica que Panamá y Ecuador, al juez constitucional aún no se le reconocen abiertos poderes en la interpretación constitucional (México).¹⁰

⁸ Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, trad. de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, España, Civitas, 1991.

⁹ Tribe, Lawrence y Dorf, Michael, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991, p. 72 y Mauro Cappelletti, “Who watches the watchmen”, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Londres, Oxford University Press, 1989, citados todos en Hoyos, *op. cit.*, nota 7.

¹⁰ Hoyos, *ibidem*, p. 37 y Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, 1991, pp. 263 y ss.

Los autores, admiten y profesan convicción de que en todo caso la interpretación constitucional tiene como límites la no alteración de la forma de gobierno, ni la estructura económica previstas en las Constituciones, ni tampoco desconocer la norma contenida en un texto más o menos claro, todo ello, dejando a salvo el poder que si tienen para interpretar la constitución, permitiendo actualizar dicho ordenamiento, sin que sean necesarias las reformas frecuentes a las mismas.

O mejor como concluye Hoyos¹¹ la interpretación constitucional, que es una función del potencial creativo del juez constitucional y como es pero quede claro de los conceptos que analizamos en este nuestro trabajo, en una democracia liberal, debe tener como meta última el fortalecimiento de la libertad política y evitar el despotismo. Pero ello requiere, como acertadamente lo advierte Hoyos, no solo de las estructuras adecuadas sino también de jueces capaces, honestos y decididos a enfrentarse a los formidables obstáculos que encuentra la democracia en América Latina.

El problema delicado radica en verdad en los extremismos y en la imposición de teorías políticas que en determinados momentos puedan influenciar el pensamiento de esos jueces constitucionales llamados a desempeñar tan importantes roles en el mantenimiento y custodia de las constituciones y regímenes democráticos que ellas proclamen, posiciones estas de paso no novedosas, sino que ya para algunos autores han servido de justificación de posiciones novedosas y revolucionarias, como ocurre en el caso de nuestro reputado profesor y hasta hace poco magistrado de la Sala Constitucional, doctor José M. Delgado Ocando,¹² para quien la legitimidad revolucionaria (que puede ser ética o sociológica) es la mejor justificación de los cambios en los movimientos revolucionarios, sea en los momentos preliminares de los cambios, sea dentro ya de los procesos de paz y orden dentro de la revolución triunfante. Una vez establecido el nuevo ordenamiento constitucional, se plantea el problema de la legalidad y legitimidad del derecho nacido de la revolución.

La legalidad, como él lo comenta, depende de la eficacia del nuevo orden. La producción originaria logra así una legalidad basada en el princi-

¹¹ Hoyos, *ibidem*, p. 39.

¹² Delgado O., José M., "Revolución y derecho", *Estudios sobre la Constitución, Libro homenaje a Rafael Caldera*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 1979, t. IV.

pio de la efectividad. Puede hablarse en estos casos según el profesor Delgado O.¹³ de “la fuerza justificadora del éxito” para aludir al hecho de que un nuevo ordenamiento jurídico constitucional, dispone de una posibilidad efectiva de vincular compulsivamente la conducta de los ciudadanos”.

En ese mismo orden de ideas, vale la pena destacar lo que hasta hora nuestra Sala Constitucional ha entendido por función de interpretación de la Constitución y métodos aplicables para tales propósitos, ampliamente reproducidos y destacados en fallo de julio del 2001, cuya ponencia es del mismo Delgado Ocando, y contenidos dentro de los siguientes interesantes párrafos:

Inspirada en razones lógicas y teleológicas, así como en los novísimos postulados constitucionales que aspiran a una jurisdicción constitucional fuerte y extensible, así como en consideración al contenido del artículo 335 de la Constitución que establece: “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”; la sala ha admitido poder acceder a interpretar las disposiciones constitucionales y, además, ha procedido a efectuar una diferenciación entre la acción de interpretación a que se refiere el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuyo conocimiento, de conformidad con dicho precepto, corresponde a la Sala Político Administrativa de este Tribunal y la acción tendiente al razonamiento y comprensión de una norma constitucional, que también es distinta de la que previene el artículo 266, numeral 6 constitucional. En tal sentido, la sala ha establecido igualmente, en virtud de la ausencia de preceptos que de manera expresa regulen este instrumento procesal, el contenido, la naturaleza jurídica, los requisitos de admisibilidad, las razones de procedencia y el régimen procesal aplicable para tramitar este especialísimo medio (véanse las sentencias núms. 1077/2000, 1347/2000, 1387/2000 y 1415/2000, 226/2001 y 346/ 2001 de la misma citada sala, entre otras).

¹³ *Ibidem*, p. 2597.

1. *Teoría y arte de la interpretación*

R. Dworkin¹⁴ ha insistido recientemente en que el derecho no es el resultado de una deducción lógica sino una práctica social interpretativa que crea o “construye” instituciones (carácter *rechtsschöpfende* en el sentido de Gadamer).¹⁵ En la práctica interpretativa conforme a normas, las reglas de reconocimiento permiten identificar, como dice Hart,¹⁶ las reglas del sistema que regulan dicha práctica, pero no explica cómo razonan los jueces, porque la dimensión preformativa del derecho “construye” la decisión y no simplemente la infiere a partir de las reglas identificadas.

El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supralegalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (*Stufenbau*) y de contextualidad jurídico-política.

Decir esto significa que las fuentes primarias del derecho, esto es, la tradición de cultura y los principios jurídicos, no sólo son fuentes de integración (lagunas de la ley) sino de interpretación, pues las fuentes primarias, en cuanto a la atmósfera cultural que envuelve al sistema jurídico, son el hilo conductor que hace posible la decisión correcta.

Por eso, el problema de la verdad jurídica es *fronético* (de *frónesis*, sabiduría, conocimiento del valor) y no epistemático (de *episteme*, ciencia), y la razonabilidad de lo resuelto en la sentencia requiere la doble justificación mencionada, más allá de una coherencia puramente formal y referida al *continuum* jurídico político que determina el trabajo del juez.

¹⁴ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999, p. 155.

¹⁵ Gadamer, *El problema de la conciencia histórica*, trad. de Agustín Domingo Moratalla, Madrid, Tecnos, 2000, p. 110.

¹⁶ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 134.

2. *La tópica y la nueva retórica*

La labor creadora del juez muestra que el problema interpretativo no parte de normas identificadas y disponibles para la decisión, sino más bien, al revés, parte del problema o caso planteado, y éste induce el funcionamiento del aparato normativo para encontrar la decisión razonable. Como se verá luego, la interpretación de las reglas supone la interpretación del problema y es el problema el que determina su propio tratamiento hermenéutico, limitando, así, la aplicabilidad de los criterios normativos en el trámite de la decisión judicial.

La nueva teoría de la interpretación es tópica o retórica en la medida en que la sentencia nace de la construcción que produce la agonística (contienda) procesal, y del manejo, tanto interno como externo, de los estándares con los que se pone a prueba la corrección del fallo. Dworkin y Ross manejan una teoría sistemática de la técnica formal, propician con Gadamer una nueva hermenéutica y abandonan definitivamente el positivismo legal que consideraba inalcanzable el par interpretación/integración.

3. *Teoría normativa de la interpretación y variantes ideológicas*

El carácter tópico o retórico de la nueva teoría de la interpretación permite constatar, sin dificultades, que el problema de los límites de los derechos fundamentales y del posible conflicto entre éstos (libertad contractual/protección al consumidor, libertad de expresión/protección al honor, *pacta sunt servanda/rebus sic stantibus*, libertad de expresión/derecho de réplica, *favor libertatis/favor Constitutione*, por ejemplo), *requiere la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución, aparte el reconocimiento de la diferencia entre la teoría normativa de la interpretación y sus variantes ideológicas*.¹⁷

Como la interpretación está condicionada material e ideológicamente, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. *Ello significa que una tal teoría normativa ofrece opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir*.¹⁸

¹⁷ Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss. El énfasis es nuestro.

¹⁸ El énfasis es nuestro.

Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política inmanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico. Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una teoría ideológica de la función judicial.

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado democrático y social de derecho y de justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro.¹⁹ Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del ra-

¹⁹ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343.

cionalismo individualista. La nueva teoría se combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.²⁰

4. Constitución y teoría de la interpretación jurídica

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la *interpretación de todo el ordenamiento jurídico haya de hacerse conforme a la Constitución* (véase *fassungskonfome Auslegung von Gesetze*). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etcétera);²¹ y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.²²

Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. *Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyan las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos* (véase *fassungswidrige y fassungsnormen*) [*normas constitucionales inconstitucionales*] *la interpretación o integración debe hacerse Noe Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan de el análisis concreto e his-*

²⁰ El énfasis es nuestro.

²¹ Ripert, Georges, *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.

²² El énfasis es nuestro.

tórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1o. *eiusdem*.

5. Clases de interpretación constitucional

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé dos clases de interpretación constitucional. La primera está vinculada con el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y de todos los actos realizados en ejecución directa de la Constitución; y la segunda, con el control concentrado de dicha constitucionalidad.²³ Como se sabe, el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela impone a todos los jueces la obligación de asegurar la integridad de la Constitución; y el artículo 335 *eiusdem* prescribe la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, por lo que declara a esta Sala Constitucional su máximo y último intérprete, para velar por su uniforme interpretación y aplicación y para proferir sus interpretaciones sobre el contenido o alcance de dichos principios y normas, con carácter vinculante, respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República (*jurisprudencia obligatoria*). Como puede verse, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos clases de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prescrita por el artículo 335, que es una verdadera *jurisdatio*, en la medida en que declara, *erga omnes* y pro futuro (*ex nunc*), el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales cuya interpretación constitucional se insta a través de la acción extraordinaria correspondiente. Esta *jurisdatio* es distinta de la función que controla concentradamente la constitucionalidad de las leyes, pues tal función *nomofiláctica* es, como lo ha dicho Kelsen, una verdadera legislación negativa que decreta la invalidez de las

²³ El énfasis es nuestro.

normas contrarias con la Constitución, aparte que la interpretación general o abstracta mencionada no versa sobre normas subconstitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 *eiusdem*, que sólo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la *jurisdictio* y la *jurisdatio* y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale *erga omnes* y constituye, como verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental.²⁴

Por supuesto que la eficacia de la norma individualizada para el caso resuelto implica la interpretación vinculante de las normas constitucionales que ha sido establecida para resolver el problema, ya que, siendo la norma individualizada, *eo ipso*, decisión del caso concreto, el contenido y el alcance de su motivación normativa quedan ligados, tópicamente, al problema decidido, y su obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente (*stare decisis*) [precedente vinculante, aceptar lo decidido]. Si esto es así, la interpretación de la jurisprudencia obligatoria y la determinación de la analogía esencial del caso objeto de consideración judicial son indispensables para que la jurisprudencia sea aplicable a un caso análogo. Como dice Carl Schmitt, “el caso precedente estaría entonces incluido en su decisión y sería el paradigma concreto de los casos subsiguientes, los cuales tienen su derecho concreto en sí mismos, no en una norma o en una decisión. Cuando se considera al nuevo caso como un caso igual al precedente, en su igualdad concreta queda incluido también el orden que aparecía en la decisión judicial previa”.²⁵ Como se verá de inmediato la acción de interpretación constitucional del

²⁴ El énfasis es nuestro.

²⁵ Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. de Monse-rrat Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, p. 61.

artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela está severamente restringida por la técnica fundamental y por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, entre otras cosas, porque la jurisdicción constitucional, aún como *jurisdatio*, no puede afectar el principio de la división del poder ni autorizar la injerencia en la potestad de los demás poderes públicos y, mucho menos, vulnerar el principio de la reserva legal.

En razón de este criterio, la sala ha rechazado la acción extraordinaria de interpretación, cuando el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales deben ser estatuidos por el poder legislativo nacional. Ello no significa, sin embargo, que la falta de regulación legal impida el recabamiento de la tutela de los derechos fundamentales, pues dicha tutela debe reconocer el derecho transgredido de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 19 y 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La tutela constitucional declarada, basada en la interpretación de los principios y normas constitucionales que fundamentan el fallo, vale, entonces, para el problema resuelto, y la jurisprudencia obligatoria derivada de la motivación se contrae al carácter individualizado de la sentencia, independientemente de la vinculatoriedad que resulte de su eficacia como precedente para casos sustancialmente análogos. Por último, la obligatoriedad del precedente no se limita sólo a la exigencia típica del problema, exigencia que, como ya se vio, no depende de una subsunción lógica, sino de la inducción decisoria que el problema suscita y de la potestad de la Sala Constitucional para ejercer su competencia jurisdiccional. Pues la sala, como instancia interpretativa máxima, no está vinculada por su propia interpretación, pese a que su práctica interpretativa esté sujeta a la justificación interna y a la externa ya indicadas, sin las cuales la seguridad jurídica y la misma justicia resurtiría en desmedro de los valores superiores de la carta magna. Se explica, así, como dice Dworkin,²⁶ que “la fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar apelando, no a la procedencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes”.

Consideramos evidentemente útil la transcripción de las partes pertinentes del precedente fallo, en tanto con ella se ponen en evidencia la particular modalidad en que se conciben conferidos los poderes de interpretación de la Sala Constitucional en Venezuela, los cuales muy por el

²⁶ Dworkin, *op. cit.*, nota 14, p. 441.

contrario de hacerlo con base en las doctrinas dominantes, se aparta, para darle un especial contenido político a la propugnada como modelo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante CN), alejada en su fin al mantenimiento y preservación del orden democrático y a la protección de los derechos humanos, y claramente torcida hacia el proyecto político y revolucionario que viene propalando como norte y guía de sus actuaciones el gobierno actual.

La gravedad de lo dicho y la nueva advertencia que desde esta honorable institución académica hacemos, no lo es con propósito político ni polémico alguno, sino objetivamente destacar desde el punto de vista absolutamente académico, cual es el camino por el cual se ha venido induciendo la marcha del país y de nuestra democracia, y todo ello, no precisamente basado en las teorías que como veremos seguidamente procuran, instan y declaran la conveniencia de hacerlo en pro de la defensa de las verdaderas democracias y en la protección de los derechos humanos, cuales son los verdaderos límites del ejercicio de esas potestades de los jueces constitucionales, ante las lagunas, contradicciones o supuestos donde debe interpretarse el texto constitucional.

II. LO QUE EN DOCTRINA SE ENTIENDE POR INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

A pesar de que la labor de interpretación constitucional es materialmente coetánea con la de creación y formulación misma de la norma constitucional, aun cuando se lo hiciere de manera no consciente o imperceptible, los estudios teóricos sobre la actividad, fueron posteriores pero escasos, especialmente en los países latinoamericanos, si bien en las últimas décadas se ha observado un creciente interés académico a favor de dicho tema, tal como lo predicen entre otros Domingo García Belaunde²⁷ y Jorge Ulises Carmona Tinoco.²⁸

²⁷ García Belaunde, Domingo, "Interpretación constitucional como problema", *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Simposio Internacional sobre Derechos del Estado*, t. II, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 651-653, citado por Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, t. III, pp. 2624 y ss. (nota 3).

²⁸ Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional, en Carmona, *ibidem*, pp. 2624 y ss.

Acotemos por igual que hablar de interpretación constitucional significa algo más que simplemente trasladar métodos, principios y técnicas elaborados en el ámbito del derecho privado, penal o procesal y aplicarlos a la indeterminación que puede presentar el sentido, y al alcance de las normas constitucionales, de las que se encuentran expresamente proclamadas en las Constituciones.

De una vez diremos también con la más generalizada doctrina en la materia, que las opiniones están claramente divididas en cuanto a la verdadera existencia de ese sistema de interpretación.²⁹

Por una parte están quienes intentan aplicar pura y simplemente a esos casos, los principios de interpretación jurídica en general,³⁰ o aún quienes simplemente consideran que si bien no hay una teoría específica para la interpretación constitucional, si hay técnicas especiales y concretas de interpretación de acuerdo con la naturaleza de cada norma jurídica³¹ y que tienen ya amplia demostración de su existencia en obras de juristas, filósofos y otros especialistas, y usados tradicionalmente para desentrañar el sentido de los preceptos de derecho privado; con la afirmación de que desde este ángulo, no tendría razón de ser el estudio específico de la interpretación de los preceptos constitucionales.

Dentro de los primeros nombrados, según lo destaca el profesor Fix-Zamudio³² vale la pena mencionar al propio Jerzy Wroblewsky,³³ quien afirma: “...La teoría general de la interpretación legal cubre también la

²⁹ Aragón, Manuel, *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 119-131, citado por Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 27, p. 2624 (nota 4); y Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 2, pp. 2601 y ss.

³⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)”, *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, pp. 149 y ss., relacionada por el mismo Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 27, p. 2625 (nota 5).

³¹ Como resultan las opiniones de Carmelo Carbone, referido también por Carmona Tinoco, *ibidem*, p. 2625 (nota 5), para quien no hay una teoría de la interpretación Constitucional, pero sí técnicas específicas de interpretación de acuerdo a las normas objeto de interpretación, en Carbone, Carmelo, *L'Interpretazione delle Norme Costituzionali*, Padova-Cedam, 1951, pp. 7-17.

³² Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. México, Porrúa, 2002, t. III, p. 2775.

³³ Wróblewsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurga, Madrid, Civitas, 1988, p. 18.

interpretación constitucional, aún cuando hay rasgos especiales de esta última conectados con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional”.

De otro lado se encuentran quienes defienden la existencia de una rama de la interpretación jurídica, denominada interpretación o hermenéutica constitucional, que posee características y principios propios claramente definidos, derivados de la naturaleza de las normas constitucionales, los cuales le otorgan una marcada autonomía y gran trascendencia ³⁴ posición esta que es la que resulta dominante y a juicio de Carmona Tinoco terminará por imponerse.

Para procurar esclarecer un poco más este aspecto de un método propio de interpretación, es preciso hacer algunos comentarios adicionales.

De una parte, entre otros caracteres especiales que se señalan a las normas constitucionales, lo está la supremacía de que están investidas por formar parte de la carta magna, cualidad que implica en palabras de Fix-Zamudio, “que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y todos los actos que regulan deben conformarse a los postulados de la ley fundamental”.³⁵

Precisamente señala Carmona Tinoco,³⁶ que a la jerarquía normativa de las normas constitucionales se deben agregar los siguientes aspectos específicos:

- 1) Tales normas son creadas por el Constituyente originario o permanente, representan la cúspide normativa del ordenamiento y, por lo tanto, juegan un rol determinante de validez con relación al resto de las normas del ordenamiento y a los actos de las autoridades;
- 2) La generalidad y abstracción que por lo regular poseen admiten un mayor número de sentidos y su alcance es difícil de fijar *a priori* y,

³⁴ Entre otros el maestro Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional”, *La jurisdicción constitucional*, Costa Rica, Juricentro, 1993, p. 135; así como: a) Linares Quintana, Segundo V., “La interpretación constitucional”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, año XXII, núm. 418, 1960, b) Fierandrei, Franco, “L’Interpretazione delle Norme Costituzionali in Italia”, *Scritti di Diritto Costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 156-159 y c) Carpizo, Jorge, “La interpretación constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 1, 1971, citados estos tres por Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 27, p. 2625 (nota 6).

³⁵ Fix-Zamudio, *ibidem*, pp. 18 y ss.

³⁶ Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 27, p. 2626.

- 3) Con relación a su contenido, precisan los derechos fundamentales de la persona y de los grupos sociales, los órganos principales del Estado y sus funciones básicas, y los procedimientos de creación y derogación normativa. Asimismo, en la actualidad se da cada vez con mayor frecuencia la incorporación de lo que en criterio de Felipe Tena Ramírez, se denominan “agregados constitucionales”³⁷ los cuales si bien no se corresponden con las categorías anteriores, su denotada importancia determinó que se les otorgara rango y naturaleza constitucional.³⁸

Coincidiendo también con lo expuesto en el capítulo precedente, y al que alude Canosa Usera, es por igual punto neurálgico al abordar este tema, entender la especial naturaleza del objeto mismo de dichas normas, esto es el concepto mismo de Constitución, pues como ya dijimos, de él dependerán los alcances y principios que deben guiar la actividad interpretativa dirigida a la Ley Fundamental.³⁹

Bajo estas consideraciones se hace indispensable establecer en cada caso, que aspecto de la Constitución tomamos en cuenta como punto de partida, para procurar hacer la interpretación de una de sus normas, y llamando la atención que la mayoría de las veces se lo hace referido al aspecto “formal” con lo cual refiérese a la norma constitucional como formando parte de un “documento expedido por un poder constituyente (sea el primario o el llamado permanente).

³⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 29a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 24 y 25.

³⁸ Parece ser este el criterio acogido en la interpretación que hace la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, cuando al analizar el concepto y objetivos de la jurisdicción constitucional en su fallo núm. 33 del 25 de enero de 2001, expediente 00-1712, caso Baker Hughes, dispuso: Se alude de este modo a la técnica derivada del principio de supremacía de la Constitución, en función de la cual se atribuye a ciertos órganos especializados la tarea de velar por el respeto a la ética pública que, como un conjunto de objetivos de fines axiológicos, debe reconocer preservar el poder político a través del derecho. Dichos órganos tienen, desde una óptica jurídica, la última palabra sobre el contenido y alcance de los principios y normas contenidos en la Constitución. Govea, Luis Guillermo y Bernardoni de Govea, María, *Las respuestas del Supremo a la Constitución Venezolana de 1999*, 2002, Venezuela, La semana jurídica, pp. 271 y ss.

³⁹ En torno a la multiplicidad de conceptos de Constitución, pueden consultarse entre otras obras el ensayo de Carpizo, Jorge, “Constitución y revolución”, *Estudios Constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, 1983, pp. 43-53, así como Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 30, pp. 21-83.

En tal sentido, la Constitución, como “documento”, según lo anota Carmona Tinoco,⁴⁰ siendo un vehículo de expresión de normas jurídicas, admite la interpretación de las normas incorporadas en ella por el órgano constituyente, es ese pues el objeto de la interpretación constitucional.⁴¹

En torno al especial valor normativo de las disposiciones contenidas en la CN, nuestra Sala Electoral ha tenido oportunidad de pronunciarse expresamente en el sentido de reconocer definitivo carácter normativo a sus disposiciones, cual es el caso de su fallo número 51, de fecha 19 de mayo de 2000, Caso Asociación de Profesores UCV, expediente número 0038, donde en su parte pertinente claramente asienta:

Expuesto como ha sido el efecto directo de la Constitución y tomando en consideración el dispositivo contenido en el artículo 7 de la CN (1999), según el cual ‘La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos del poder público están sujetos a esta Constitución’ se observa que el Consejo Nacional Electoral, erigido por defecto de este mismo texto normativo como el órgano rector del nuevo poder electoral, esta obligado a ejercer las atribuciones constitucionalmente conferidas, aún en ausencia de textos legislativos que lo desarrollen.⁴²

Dentro de este orden de ideas, por igual desde Chile, Ramón Real, destaca que solo se puede hablar de una verdadera interpretación constitucional si se cumplen los siguientes supuestos: 1) la existencia de una Constitución rígida, 2) que la Constitución se cumpla; 3) que el intérprete goce de libertad par manifestar sus opiniones; 4) que exista un Poder Legislativo democráticamente electo, y 5) que los jueces sean independientes.⁴³

En México, tal como lo resalta Carmona, esta problemática ha trascendido del mero aspecto académico, y ha sido tratada en el ámbito judicial,

⁴⁰ Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 27, p. 2627.

⁴¹ Destaca el mismo autor, que para algunos no debe dejar de tomarse en consideración la “costumbre constitucional”, con la advertencia de que esta más bien sirve como instrumento para guiar y auxiliar al interprete en su labor, citando para abundar sobre el tema la obra de Orozco Henríquez, J. Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, 1983.

⁴² Govea, Luis Guillermo y Bernardoni de Govea, María, *Las respuestas del Supremo...*, *cit.*, nota 38, pp. 52 y ss.

⁴³ Real, Ramón, “Los métodos de interpretación constitucional”, *Revista de Derecho Público*, Chile, núms. 25 y 26, enero-diciembre de 1979, p. 59.

citando expresamente un pronunciamiento de 1989 del Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, con ponencia del magistrado Genaro David Góngora Pimentel (Amparo en revisión, Perfiles Termoplásticos S. A.), en el que no solo claramente se destacan las diferencias en torno las normas constitucionales y las ordinarias, y la especial importancia que debe darse a la interpretación específica de las primeras, observando el autor que en dicho criterio judicial, no solo se justifica la existencia y especificidad de la interpretación constitucional, sino que, además plantea algunos puntos igual de relevantes, aunque sujetos a debate por la doctrina, como son el carácter “creativo” de la interpretación constitucional, su función de actualización de las normas constitucionales en orden a su aplicación, el rechazo a la utilización de criterios positivo-formalistas en la aplicación/interpretación de las Constitución, la relevancia del criterio teleológico en la determinación de la norma constitucional aplicables y la realización de los valores supremos de la justicia, como la pauta principal de actuación del intérprete constitucional.⁴⁴

Para el maestro Fix-Zamudio⁴⁵ el criterio simplista de la interpretación jurídica se ha abandonado en la actualidad paulatinamente, en particular por lo que se refiere al juzgador, ya que se ha impuesto la orientación que detrás del aparente simple raciocinio de las decisiones judiciales se encuentra un amplio factor estimativo o axiológico que de ninguna manera puede desconocerse. Por lo que la interrogante que se nos presenta en la actualidad es la relativa a los límites de la función racional de la función jurisdiccional y sus relaciones con la estimativa jurídica, o sea, hasta donde el juez debe limitarse a desentrañar lógicamente el sentido de la norma y conformarla a las exigencias de la realidad, en un plano estrictamente objetivo, o si es permitido y con que restricciones, introducirán en sus resoluciones los sentimientos y los juicios de valor imperantes en la época y en el ordenamiento al cual pertenece al momento de su aplicación.

Destaca el citado maestro al respecto: “...No existe duda, por una parte debe ser reflexiva y sujeta a las reglas de la lógica pero, particularmente en la función judicial, también debe estar orientada por el sentimiento y el valor de la justicia. El juez dejó hace tiempo de ser un autómatas, pero tampoco es un matemático o un lógico abstracto, es ante todo un ser hu-

⁴⁴ Carmona, Jorge, *op. cit.*, nota 27, p. 2628.

⁴⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos esenciales...”, *op. cit.*, nota 32, p. 2768.

mano y como tal, no es posible separar en su espíritu la razón del sentimiento. Sentimiento y lógica son dos factores inseparables en la función que cumple el juez, que fueron destacados por el ilustre Piero Calamandrei.⁴⁶ O dicho de otra manera, concluye Fix-Zamudio, citando a Carlos Cossio: "...el juez debe interpretar la ley de acuerdo con su ciencia y conciencia".⁴⁷

Eso sí, destaca el maestro mexicano: "...sentimiento y conciencia del juez no equivale a sentimentalismo o arbitrariedad, pues lo que se quiere expresar con los primeros vocablos, es que la actividad judicial no es únicamente lógica o racional, sino también axiológica y estimativa, para terminar ratificando lo que destaca al respecto la doctrina italiana: «en toda interpretación judicial existen dos momentos inseparables: el lógico y el teleológico»".⁴⁸

III. BREVES OBSERVACIONES SOBRE LOS TIPOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SEGÚN LA DOCTRINA PREDOMINANTE

Siguiendo a Fix-Zamudio⁴⁹ en esta relevante materia, y sin pretender entrar en todas las arduas discusiones a que nos hemos referido tangencialmente *supra*, sobre los diversos aspectos de las normas constitucionales, ni la complicada tipología de las cartas fundamentales, lo que excedería de los fines de este breve estudio, pueden destacarse algunos aspectos singulares característicos en torno a los preceptos fundamentales y los diversos sujetos que pueden intervenir en los procesos de interpretación.

Aún a sabiendas de que quizás digamos aquí cosas más que asimiladas por los conocedores del derecho, con el maestro Fix-Zamudio advertimos que si bien es verdad que resulta muy complicado señalar con alguna precisión las características particulares de los preceptos fundamentales en relación con los restantes del ordenamiento jurídico, al menos podemos destacar algunas de las más notorias, sin referirnos a algunos otros enfoques de la doctrina contemporánea.

⁴⁶ Calamandrei, Piero, "Del sentimiento y de la lógica de las sentencias", *Elogio a los jueces*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1956, pp. 175-194.

⁴⁷ Cossio, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, 2a. ed., Buenos Aires, 1959, pp. 131 y ss.

⁴⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 32, p. 2769.

⁴⁹ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 33, p. 18.

Diremos pues con el citado profesor, que: “Desde un punto de vista lógico normativo han sido determinantes la reflexiones del ilustre jurista vienés Hans Kelsen, de acuerdo con las cuales, mencionadas de manera simplificada, existe una jerarquía normativa conocida con el nombre de «pirámide jurídica», en la cual se configura un escalonamiento de todas las disposiciones jurídicas, a partir de las individuales, que se encuentra en la base y de ahí, se asciende en graduación hasta llegar a la cima, la cual desde un punto de vista puramente lógico, esta coronada por una norma hipotética fundamental, que sirve de apoyo y fundamento de validez a todo el edificio y por ello desde el ángulo normativo, los preceptos constitucionales tienen carácter fundamental respecto de todo el ordenamiento jurídico. Por lo que respecta al contenido de las normas constitucionales su determinación no es sencilla, pues las cartas contemporáneas, además de los preceptos que se refieren a los derechos fundamentales (que tradicionalmente integran la llamada parte dogmática, la que comprendería actualmente también principios y valores superiores) y aquellas que regulan la organización y funcionamiento de los diversos órganos del poder (llamada parte orgánica o estructural), también comprenden en la actualidad disposiciones diversas a las anteriores e inclusive llegan en ocasiones a tener un carácter reglamentario, pero que en un momento determinado se han considerado de tal importancia para la comunidad política, que se les ha dotado de la máxima categoría para conferirles de prestigio y de estabilidad, y en ocasiones rebasan numéricamente y por extensión a las primeras. Las primeras pueden calificarse como normas materialmente constitucionales, en cambio las segundas tiene carácter de «formalmente fundamentales», pero ambas categorías poseen la misma jerarquía y validez”.⁵⁰

Continúa el maestro mexicano, advirtiéndolo:

...Si bien, como hemos señalado, no todas las normas jurídicas de carácter constitucional tienen las mismas características materiales, pero si la misma jerarquía formal, resulta muy complicada su interpretación, puesto que en todo caso, dichas normas son el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico de tal manera que ningún precepto jurídico debe ser contrario a las disposiciones constitucionales, ni tampoco la aplicación de las primeras debe oponerse a las regulaciones de carácter constitucional,

⁵⁰ Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 32, p. 2775.

pero además, como ya hemos señalado, las cartas supremas de nuestra época no sólo contienen disposiciones normativas, algunas de carácter muy genérico, sino también, principios y valores constitucionales, que son elementos indispensables para su interpretación.

Pero aún las normas constitucionales en sentido material (antes aludidas) pertenecen a diversas categorías, las cuales deben tomarse en cuenta para efectos de su aplicación e interpretación. Hacemos referencia a título ilustrativo, a la división que realiza el notable constitucionalista brasileño José Afonso da Silva, quien las clasifica como normas de eficacia plena, contenida y limitada. Las primeras son aquellas que a partir de su entrada en vigor producen o tienen la posibilidad de producir sus efectos sin necesidad de ningún acto legislativo posterior, y son de aplicación directa, inmediata e integral, ya que están dotadas de todos los medios y elementos necesarios para su ejecutoriedad.

Las segundas, es decir las de eficacia contenida o atenuada, son aquellas que están suficientemente reguladas por el constituyente, pero este restringió su alcance en virtud de situaciones que la ley establece, los conceptos generales en ella enunciados, o la incidencia de otras normas constitucionales, y por ello son de aplicación directa e inmediata, pero no integral. Finalmente, las normas constitucionales de eficacia limitada son las que requieren de posteriores actos legislativos para que puedan surtir los efectos trazados por el Poder Constituyente, por lo que son de aplicación indirecta, mediata y reducida, ya que únicamente inciden en los intereses que pretenden regular a propósito de una normatividad posterior que les otorgue eficacia. Dicho autor divide estos preceptos fundamentales en normas de principio institutivo; que también recibe el nombre de principio orgánico u organizativo, y las normas de principio programático, que son cada vez más abundantes en las Constituciones contemporáneas.⁵¹

Basta la simple descripción anterior para percatarnos de la complejidad y de las dificultades de la interpretación constitucional, que aún desde el punto de vista puramente técnico implica modalidades peculiares que la apartan de la interpretación jurídica en general, con la que comparte los lineamientos básicos, pero resulta considerablemente más intrincada.

⁵¹ Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2a. ed., São Paulo, Revista Dos Tribunais, 1982, pp. 76-147, con la advertencia de que esta clasificación es analizada en relación al derecho mexicano, por Carmona Tinoco, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1956, pp. 62-72 a la cual remitimos. Para profundizar más respecto a las normas programáticas, Lyrio Pimentga, Paulo Roberto, *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, São Paulo, Max Limonad, 1999, pp. 133-231 (nota de Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 32, p. 2777, nota 61).

Sigue su análisis el profesor Fix-Zamudio, aludiendo a ideas sobre esta misma materia, expuestas por el maestro Mauro Cappelletti, quien resalta que “la interpretación constitucional se encuentra vinculada más frecuente y acentuadamente que ningún otro tipo de interpretación jurídica, solamente a un fin y por lo común a un fin que tiende a asumir el carácter de valor supremo del ordenamiento, lo que revela, por consiguiente, una tendencia más vigorosa hacia una interpretación «*ad finem*» y puede considerarse, por tanto, como una actividad tendencialmente (y de manera acentuada) de naturaleza discrecional”.

Agrega dicho autor, que el juez constitucional, encontrándose en la condición de deber “actuar” una norma que más ninguna otra, es vaga e incompleta y “de valor”, debe remontarse siempre y de manera más acentuada al “espíritu” del sistema a sus *rationes suprema*.⁵²

Para concluir, resulta indispensable continuar citando las claras ideas de Fix-Zamudio en torno a la vinculación entre interpretación constitucional y axiología, quien afirma:

...Lo cierto es que más que ningún otro sector del ordenamiento jurídico, la interpretación constitucional se encuentra vinculada con la axiología, ya que los intérpretes constitucionales, tal como se afirma en doctrina indiscutida pueden ser varios, pero con mayor razón los jueces y tribunales, en particular los especializados, deben realizar una actividad muy compleja en la cual se aplican no únicamente los principios de la lógica jurídica, tanto formal como material (la lógica de lo razonable), que se mencionó anteriormente, sino también los principios básicos de la argumentación, que se conoce actualmente como “nueva retórica”, puesto que los intérpretes Constitucionales están obligados a justificar los resultados de su interpretación, que además se encuentra relacionada con la toma de decisiones, como intérpretes finales de la normatividad fundamental.

La generalidad de las normas constitucionales, continúa destacando Fix-Zamudio,

⁵² Cappelletti, Mauro, “La actividad y los poderes del juez constitucional, en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)”, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, EJE, pp. 342-366, también reproducido en el libro del mismo autor *La justicia constitucional (estudio de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 177-183.

...Es de diversa intensidad, pero puede llegar a ser muy amplia en aquellos preceptos fundamentales que consagran principios y valores, que por su misma naturaleza son indeterminados, es decir, constituyen un marco básico sin contenido preciso, que el intérprete debe construir pero siempre sobre esos lineamientos que pueden ser de carácter abstracto. Para no dar sino algunos ejemplos; las Constituciones contemporáneas contienen valores y principios relativos al régimen democrático, la justicia social, la dignidad de la persona humana, la igualdad ante la Ley y la prohibición de la discriminación, entre muchos otros. En ese sentido podríamos paragonar la idea que expuso el iusfilósofo alemán Rudolf Stammler sobre el derecho natural,⁵³ para caracterizar este tipo de preceptos constitucionales, por su alto grado de generalidad y abstracción, como “normas fundamentales de contenido variable”, ya que ese contenido deberá ser construido lógicamente, racional y axiológicamente por los intérpretes, de acuerdo con la realidad social de la época en que dichas disposiciones deben aplicarse.⁵⁴

IV. ALGUNAS ANOTACIONES EN TORNO A LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Las diversas teorías*

Como lo anota en forma clara César Landa⁵⁵ la aparición de la necesidad de las interpretaciones de la Constitución, no acompañaron los procesos constitucionales mundiales, no era una necesidad jurídica interpretar la Constitución, dado el carácter y la comprensión fundamentalmente política de la norma suprema; por ello, diría Jefferson, “la Constitución no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas”.⁵⁶ Por el contrario, la ley se entendía como prolongación de la racionalidad de la vida social, donde el legislador —según Rousseau—

⁵³ Stammler, Rudolf, *El juez*, trad. de Emilio F. Camus, México, Editora Nacional, 1964, pp. 65-70 (citado por Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 32, p. 2779, nota 63).

⁵⁴ Fix-Zamudio, *idem*.

⁵⁵ Landa, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 339-354 y reproducido en el acápite correspondiente, lo relacionado a “Teorías de la interpretación constitucional”, *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 2, pp. 2801 y ss.

⁵⁶ Jefferson, Thomas, *Cartas y escritos escogidos, pensamiento político jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Tres Tiempos, 1988, pp. 476 y 549.

no debía ser concebido como el mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que —sin hacer las leyes— las descubriese y se limitase a formularlas. Entonces, por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios *de claridad y transparencia*.

Como consecuencia de ello cabe observar que en las primeras horas del constitucionalismo moderno, la interpretación constitucional se convierte en un tema superfluo, dado el rol indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad. De ahí que, como decía Montesquieu, “los jueces de una nación no son, sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

Sin embargo, vale la pena señalar que no ocurría en cambio lo mismo en Estados Unidos, donde siguiendo la tradición Anglosajona, los jueces tempranamente se convirtieron en los intérpretes autorizados de la Constitución y de la ley.⁵⁷

Pero la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, solo cuando la propia norma política suprema se transforma en una norma jurídica exigible, de cumplimiento directo por los ciudadanos; ello sucede a partir de dos procesos sucesivos:

Primero, cuando la propia Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden; pero, que ahora se asume como no manifestación del principio jurídico de supremacía constitucional.

En ese sentido, también, “el Estado constitucional de derecho, eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no solo acoge el principio de la primacía de ley *in suo ordine*, sino que lo complementa con el principio de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algu-

⁵⁷ En tal sentido, Dworkin, Ronald, *Law's Empire, The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1966, pp. 15, 49 y ss., y con igual criterio Hart Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1981, pp. 43 y ss.

nos de sus preceptos, no se adecue a la norma constitucional”⁵⁸ como no manifestación del principio jurídico de supremacía constitucional.

Segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman a partir de la segunda post guerra, en derechos fundamentales, se incorporan valores, principios constitucionales y derechos socio económicos, en el marco del Estado social de derecho; se obligó sobre todo a los jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido,⁵⁹ sino también dentro de lo constitucionalmente posible.

Veamos ahora, a juicio del mismo Landa, lo que constituyen algunas de las teorías de la interpretación Constitucional.

Sobre la base de ese orden supremo constitucional y de los problemas de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico de derecho constitucional contemporáneo; lo cual se afirma con la judicialización de la Constitución, a través del rol de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución.

Ese proceso ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y de la teoría del Derecho, así como la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y a la dogmática constitucional. Sobre estas bases —siguiendo matizadamente a Böckenförde— se presentan sucintamente algunas teorías de interpretación constitucional.⁶⁰

A. Interpretación hermenéutica

Señala Landa: “...esta teoría parte de concebir a la Constitución como una norma jurídica mas, la misma que debe ser interpretada conforme a los

⁵⁸ García Pelayo, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en Belaunde, J. de (comp.), *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1988, pp. 38 y ss., en especial 30 y 31; p. 2803 (nota 11); y del mismo autor, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 2000, pp. 100 y ss.

⁵⁹ Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 251 y ss; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 277 y ss., y 539 y ss. (nota 12) p. 2804.

⁶⁰ Wolfgang Böckenförde, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43 citado por Landa, *op. cit.*, nota 55, p. 2805 (nota 17).

métodos de interpretación de la ley. Así como la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace presente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que prevé las dificultades de su modificación, se ha trazado la interpretación de la ley, a través de su objeto”.

En ese sentido, las reglas de interpretación de la ley, son válidas para la interpretación de la Constitución; es decir que las interpretaciones semánticas, históricas, lógicas y gramaticales, postuladas por Sauvigny son aplicables a la Constitución.

Equiparar la ley a la Constitución, supone también transferir los atributos de la norma legal a la ley suprema; en tal entendido, la Ley, como norma jurídica, se caracteriza por una determinada estructura lógica-formal en la cual se produce el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con carácter obligatorio y coercitivo.⁶¹

A partir de lo señalado, resulta bastante ingenuo hacer una identidad de la ley con la Constitución en la medida que “la Constitución es partiendo de esta estructura, un ordenamiento —marco—, esto es, fija estandarizadamente sólo condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política y adopta decisiones (de principios) fundamentales para la relación individuo, sociedad y Estado, pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo”.

Ante esta deficiencia, la propia doctrina ha intentado replantear algunas bases de la teoría de la interpretación hermenéutica a partir de la praxis,⁶² pero como la hermenéutica está fundada en un concepto de conocimiento normativo; resulta insuficiente como método de interpretación constitucional; por cuanto, si bien la Constitución es una norma jurídica suprema, por ello no deja de ser también una norma política suprema.

Con diversas ideas novedosas se procura readaptar la teoría, pero, no obstante estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica termina por caer en su propia crítica; es decir no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa del mismo, aunque más compleja para la interpretación hermenéutica, de ahí que, no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea.

⁶¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 18 y ss.

⁶² Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und methode*, bd., 1, von Mohr Siebeck, 1990, pp. 250 y ss., 284 y ss., citado en Landa, *op. cit.*, nota 55, p. 2806 (nota 23).

B. Interpretación tópica

Dada la complejidad normativa jurídico-política de la Constitución y la insuficiencia de la lógica formal y sus métodos tradicionales o renovados de la interpretación de la ley; se ha planteado un método abierto de razonamiento concreto. El mismo que está orientado a interpretar un problema específico a resolver y a los lugares comunes o “*topoi*” que convergen en el proceso de interpretación jurídica.⁶³

Para esta corriente, “el punto más importante en la consideración de la tópica es la constatación que se trata de aquel método de pensamiento que se dirige hacia el problema”. En este sentido la interpretación tópica no parte de concebir un canon de reglas de interpretación previamente establecidas, dado su carácter parcial y deducibles discrecionalmente; sino que, utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional, en tanto puntos de vista que le acerque o permita la solución del caso a interpretar.

La apertura de material normativo constitucional a utilizar en la interpretación del problema, posibilita un continuo perfeccionamiento del derecho en una suerte de ensayo y error —*trial and error*—⁶⁴ dada la estructura de la norma constitucional más abierta y menos detallada que en otros ordenamientos jurídicos. En tal sentido, las disposiciones constitucionales, debido a su carácter complejo y heterogéneo, son concebidas como puntos de vista para la interpretación, antes que como normas de aplicación literal obligatoria. Con lo cual, el intérprete se convierte en un sujeto de decisión acerca del problema a resolver, para lo cual no usa el marco constitucional *a priori*, sino sólo con un horizonte que ilumina la solución del caso a interpretar.

C. Interpretación institucional

Esta interpretación parte de concebir a la Constitución como un material normativo a trabajar, en un sentido concreto, sin desconocer por ello el material sociológico de la realidad social específica. Bajo la denominación de la interpretación institucional ubicamos a la corriente interpre-

⁶³ Horst, Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, en VVDStRL, Berlín, Walter de Gruyter, 1963, citado por Landa, *op. cit.*, nota 55, p. 2809 (nota 35).

⁶⁴ Popper, Karl, “La responsabilidad de vivir”, *Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Buenos Aires, Paidós, 1995, pp. 109-1223, p. 2809 (nota 37).

tativa, que se caracteriza por que busca recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional, a partir de postular un método de interpretación racional y controlable; propósito que solo es posible partiendo de buscar la concretización de la norma constitucional con base en y con la realidad constitucional.⁶⁵ Así, “la interpretación constitucional es concretización”. Precisamente lo que no aparece de forma clara, como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata. En ese sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada solo queda completo con su interpretación; ahora bien, solo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.⁶⁶

Conforme los seguidores de esta teoría, la actividad de interpretación viene ceñida a principios especiales que cumplen con la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación para la solución de un problema, como marco teórico y analítico de la Constitución, así siguiendo a Hesse tenemos los siguientes principios:

- Principio de unidad de la Constitución, plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.
- Principio de concordancia práctica, que postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, a través de la ponderación proporcional de valores o bienes, donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente solo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.
- Principio de corrección funcional. Busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas. Así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, si-

⁶⁵ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional...*, citado por Landa, César, *op. cit.*, nota 55, p. 2803 (nota 52).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 2802 (nota 43).

no de una manera abstracta y general, porque de lo contrario, podría invadir la esfera de competencia de actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

- Principio de eficacia integradora, valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política.
- Principio de la fuerza normativa de la Constitución, que otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de Constitución. En esa medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticos, la Constitución se hace menos ejecutiva; sino que, en tanto toda la Constitución es un texto normativo, las “normas regla” como las “normas principios”, deben ser cumplidas, acorde con el grado de patriotismo constitucional de los ciudadanos y gobernantes.
- Principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual una ley no debe ser declarada inconstitucionalmente nula, cuando por lo menos algunas de sus acepciones pueda ser interpretada en concordancia con la constitución. En la medida que las leyes en un Estado democrático gozan de una presunción de constitucionalidad.

Por eso, cuando una ley es cuestionada de supuesta inconstitucionalidad, esta demanda será desestimada, si es que al interpretarla razonablemente —en sus diversas alternativas— al menos una de sus interpretaciones sea conforme a la Constitución. Ahora bien, las técnicas de la interpretación constitucional como concretización presenta límites derivados de la política constitucional, en tanto queda sin resolver la posición y relación de los intérpretes, es decir, del Tribunal Constitucional como supremo intérprete constitucional, en relación con el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Al respecto, si bien el legislador democrático goza de la presunción *iuris tantum* de la Constitucionalidad de sus actos legislativos; en tanto es una presunción relativa, no absoluta, no queda claro cuales son los límites del Tribunal Constitucional en su función de

control constitucional, sobre la libre configuración política del contenido de la ley por parte de el legislador.

Asimismo, si bien las sentencias del Tribunal Constitucional gozan de eficacia normativa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria en la medida que tienen atributos de fuerza de ley, cosa juzgada y fuerza vinculante, tampoco quedan esclarecidos los alcances de la justicia constitucional, como supremo tribunal competente para revisar los fallos por el fondo o la forma en los procesos civil, penal, mercantil, administrativo o militar.

En ese sentido la Constitución ya no solo delimita a los demás poderes públicos sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época, por ello se convierte en una norma flexible que permite todas las posibilidades.

Lo dicho no significa que la interpretación constitucional quede a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores sociales de las mayorías sociales transitorias; sino que, atendiendo a las demandas de la realidad, los valores democráticos podrían ser reforzados: pero, sin llegar a invertir el punto de legitimidad en la realidad existente por el de la norma constitucional y democrática.

D. Interpretación alternativa

Examinados los últimos conceptos precedentes, cabe analizar las repercusiones de la interpretación constitucional desde una teoría constitucional alternativa, fundada precisamente en la normalidad constitucional antes que en la normatividad constitucional. Esta corriente se caracteriza por fundarse en la realidad social, en la medida que la Constitución es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad.⁶⁷ Conforme a dicha tesis, la interpretación constitucional es un instrumento de análisis de la realidad constitucional, antes que de la normatividad constitucional, dicho en otras palabras, la norma jurídica constitucional a interpretar no es más que la expresión de la normalidad constitucional.⁶⁸

⁶⁷ Smend, Rudolf, *Verfassungs und Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1928, citado por Landa, César, *op. cit.*, nota 55, p. 2817 (nota 66).

⁶⁸ Hermann Heller, *Staatslehre*, 1934 y Constantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 53 y ss., citados por Landa, César, *op. cit.*, nota 55, p. 2818 (nota 68).

Sobre estas bases sociológicas, la doctrina italiana, seguida por un sector de la doctrina española⁶⁹ sientan las bases interpretativas de una opción política emancipadora del derecho y en contra de una interpretación que favorezca los intereses de la clase burguesa, por ello postulan una interpretación judicial orientada a la tutela de los intereses populares. Evidentemente esa corriente jurídica encuentra sus raíces en el pensamiento jurídico-marxista y realista, cuando el debate en torno al derecho y el cambio social se hicieron presentes en el orden académico y dogmático, no sólo de la región europea mediterránea; en la medida en que el derecho no es solamente norma jurídica, sino también un sistema de solución de conflictos de intereses entre las mayorías y las minorías sociales, según las corrientes realistas norteamericanas.

En cualquiera de sus formas, el uso alternativo del derecho tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, que fue abandonado por el positivismo jurídico, desde una perspectiva popular. Sin embargo, sus críticos han señalado que en una sociedad libre y pluralista, donde las distintas opciones políticas puedan acceder al poder y plasmar legislativamente con valores, no cabe admitir una interpretación alternativa de la Constitución.⁷⁰

En consecuencia, sólo en las sociedades cerradas y tradicionales, el uso alternativo del derecho resultaría ser una solución al formalista y elitista derecho positivo y sus métodos de interpretación. Sin embargo como señala Landa, reducir la interpretación constitucional al decisionismo de los intérpretes, convertiría a los jueces y no a la Constitución en una garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual es un albur que no otorga seguridad jurídica a todos los ciudadanos.

2. *Un expreso pronunciamiento en torno a la interpretación constitucional a criterio de la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia*

En torno a la temática relacionada sobre que debe entenderse por “interpretación constitucional” y como deben interpretarse las normas de

⁶⁹ Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., nota 59, p. 265 y Andrés Ibáñez, Perfecto, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, F. Torres, 1978, aludidos por Landa, César, *op. cit.*, nota 55, p. 2818 (nota 69).

⁷⁰ Pérez Luño, Antonio, *ibidem*, p. 268.

esa especie, a la luz de nuestro sistema y ordenamiento jurídico, ya hemos dejado citado el parecer de nuestra Sala Constitucional, pero estimamos pertinente añadir otro expreso pronunciamiento sobre tal tema, contenido en su sentencia del 23 de noviembre del 2001, número 23372, caso Inpreabogado, expediente 01-1185,⁷¹ en la cual sostiene con fundamento a los artículos 335 y 336 de la CN:

Como derivación del hecho de que la Constitución se encuentra en la cúspide del sistema normativo, siendo ella misma la última referencia respecto a la conducta o manera de conducirse de todos los operadores jurídicos, entes y ciudadanos en general, así como de la necesidad de conjurar el denominado “*horror vacui*”, para así mantener la mayor certeza acerca del derecho vigente y aplicable, se sostiene con rigor metodológico que, antes de declarar una norma como contraria a la Constitución, sea ensayada y de ser posible se ponga en práctica, una interpretación de dicha norma que la haga compatible con la carta magna. Esta técnica, conocida como de “*favor legitimáis*”, tiene fundamento desde que se conoce la necesidad de hacer el menor número posible de modificaciones por vía judicial a la legislación, por lo que afecta a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de los ciudadanos en la normalidad de la aplicación o cumplimiento del ordenamiento.⁷²

Con tal pronunciamiento evidentemente nuestro Tribunal Constitucional se acoge a la doctrina contemporánea en materia de interpretación, y concretamente con la postura de la llamada teoría institucional y respetando el principio de preservación de la propia Constitución.

V. CONCLUSIONES

Por razones del carácter de este trabajo, su inserción en una obra llamada a exponer breves y diversas ideas sobre temas vinculados al derecho constitucional y procesal constitucional, nos abstenemos de hacer otros comentarios y señalar otros problemas que derivan de la problemática de los límites de la potestad de interpretación constitucional, que obviamente pueden quedar para trabajos y consideraciones posteriores.

⁷¹ Extractada de la obra *Las respuestas del Supremo sobre la Constitución*, cit., nota 38, p. 49.

⁷² Canosa, U. R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 206 y 207.

Consideramos que con lo plasmado precedentemente, modestamente ponemos a la luz, lo intrincado y definitivamente importante que resulta la materia a la luz de la política, y en especial del debido y adecuado equilibrio que debe mantenerse en esta materia de los poderes del pueblo soberano al darse sus ordenamientos con los choques que se produzcan en la realidad social al implementar aquellas.

Indudablemente que hay mucha materia que examinar y propuestas que pueden formularse, y para eso estamos en este camino de ir desentrañando la verdadera ciencia y conciencia de lo constitucional y en manos de quien debe reposar la responsabilidad de hacer que la misma surja prístina y original, sin tergiversaciones ni modificaciones provocadas por los intereses políticos de los gobiernos de turno.

La prudencia y la sensatez parecen ser los únicos parámetros objetivos y serios, pero para ello a su vez se requiere contar con órganos jurisdiccionales probos, altamente calificados y formados, y he allí la gran dificultad pues por lo general ello no ocurre entre quienes defienden o son electos por los gobiernos que emergen de las luchas populares, quienes de consuno procuran colocar indiscutidos y comprometidos líderes de sus movimientos más que personas sensatas y prudentes a quienes deban confiarse tales menesteres.

Dejamos las inquietudes planteadas y el espacio abierto para estas gratas discusiones académicas.

JUECES CONSTITUCIONALES. UN PODER INCÓMODO

Andrés BORDALÍ SALAMANCA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La defensa jurisdiccional de la Constitución: un problema entre poderes del Estado*. III. *La defensa jurisdiccional de la Constitución. Un problema entre jueces*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La instauración y funcionamiento de cortes constitucionales en las democracias del *civil law* ha sido siempre una empresa fatigosa. Las razones que explican esta dificultad son numerosas y han sido estudiadas profusamente por la doctrina. En algunos casos se debe a la desconfianza hacia los jueces, ya sea por el conservadurismo de esos jueces (herencia de los *parlaments* franceses) o por sus posibilidades de subvertir el Estado de derecho (antiformalismo alemán, entre otros). En otros casos se explica por una tradición legalista que exalta la voluntad popular expresada en la ley, voluntad que jamás puede ser dejada sin efecto por un tribunal de justicia que carece de legitimidad democrática. A ello puede agregarse también una doctrina fuerte del principio de separación de poderes que no acepta que un tribunal interfiera en la producción legislativa. Razones, como se ve, no han faltado para oponerse a las cortes constitucionales.

* Doctor en derecho; profesor e investigador de teoría general del proceso y derecho procesal constitucional; director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile (abordali@uach.cl). Agradezco los comentarios y sugerencias que al texto original realizó Daniela Accatino Scagliotti, profesora de teoría del derecho de la Universidad Austral de Chile. Desde luego ella no es responsable de lo que en definitiva sustenté en el presente trabajo.

En este orden de cosas, a principios del siglo XX se desató una de las polémicas más potentes que recuerde la historia constitucional europea. El enorme impacto de esa polémica tuvo dos razones. En primer lugar la importancia del tema: la supremacía constitucional y su tutela. En segundo lugar, el peso de los contendores: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Se trató en definitiva de una polémica surgida en un momento de crisis política, social y económica en la Alemania de ese entonces entre un defensor de la democracia deliberativa respetuosa de unos límites jurídicos establecidos en la Constitución y un defensor de un Estado de derecho que se estructura sobre el valor de una unidad política fundante.

Como sabemos, para Kelsen el parlamento tiene límites jurídicos formales en su actuar. Esos límites están establecidos por la Constitución y el tribunal constitucional debe encargarse de controlar su respeto. Para Schmitt, en cambio, el mantenimiento de la unidad del pueblo, base, a su juicio, del sistema constitucional alemán, debía ser asegurado por un órgano político y no jurisdiccional, que diera garantías a todos para esa unidad. Ese órgano político era el jefe de Estado. Para Schmitt no podía ser un órgano jurisdiccional quien defendiera la Constitución porque el conflicto constitucional es de carácter político y no jurídico. Y no podía ser el parlamento quien defendiera la Constitución porque la unidad del pueblo alemán que le daba sustento a la Constitución germana sólo podía ser defendida por quien representara a ese total. El parlamento sólo podía defender a facciones pero no a todos.

Desde entonces ha surgido la cuestión esencial para el Estado de derecho de si es legítimo que un órgano jurisdiccional deje sin efecto la voluntad política mayoritaria del parlamento. Sin embargo, la situación viene a complicarse mucho más todavía en el contexto del Estado Constitucional de derecho que emerge después de la Segunda Guerra Mundial. A la problemática relación entre parlamento y judicatura constitucional y al de la amenaza de la politización de la justicia defendiendo la Constitución, se une también el problema que emana del hecho de considerar a la Constitución como una norma jurídica vinculante para todos los poderes y jueces del Estado. No sólo los jueces constitucionales son los llamados a defender la Constitución, sino también los jueces ordinarios se sienten responsables de ese deber. Y en esta situación nos encontramos al día de hoy en la mayoría de los Estados de derecho de tradición continental.

Cada uno de nosotros podemos atestiguar, en nuestros respectivos países, que toda vez que una corte constitucional anula una ley, resuenan las quejas de la mayoría política que controla el parlamento. Y cada vez que una corte constitucional, para evitar anular una ley y complicar sus relaciones con el parlamento, la interpreta en un sentido constitucional, resuenan las quejas de los jueces ordinarios que son los encargados de aplicar e interpretar las leyes. Esta situación se da con especial relevancia en el caso de las cortes de casación. Y todo esto transcurre frente a los ojos atónitos del ciudadano común que no entiende cómo funciona su sistema político y jurídico.

En las páginas que siguen quiero desarrollar algunas ideas que permitan atenuar los roces que pueden darse entre parlamentos y cortes constitucionales, así como entre estas últimas y judicatura ordinaria, con especial referencia a las cortes de casación.

II. LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN: UN PROBLEMA ENTRE PODERES DEL ESTADO

1. *Jueces constitucionales. ¿Una banda de facciosos?*

La introducción de cortes constitucionales en los Estados de derecho de tradición continental ha comportado siempre roces entre los poderes políticos y la jurisdicción. Especialmente compleja ha sido esa situación respecto de la potestad legislativa, sede por antonomasia de la voluntad popular. Para Schmitt,¹ como sabemos, el problema de introducir un tribunal constitucional consistía en trasladar la política a la justicia o, lo que es lo mismo, comportaba una politización de la justicia. Esa traslación de funciones estatales se produce, según Schmitt, porque los conflictos constitucionales son dudosos e inciertos, debido fundamentalmente a la necesaria imperfección o vaguedad de toda Constitución escrita. De este modo, un juez que pretenda defender la Constitución, termina siempre por crear una norma y no por aplicarla, como corresponde a la función del juez en un Estado de derecho. Esto ocurre debido a que en materia constitucional no puede producirse ningún procedimiento de subsunción ya que no hay un supuesto fáctico normativo suficientemente

¹ Cfr. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 57.

predeterminado. Se trata del problema que presentan los ya conocidos “conceptos esencialmente controvertidos”,² los que dificultan la aplicación jurisdiccional de las normas jurídicas en el marco de un Estado de derecho que proscribe la arbitrariedad y que valora la seguridad jurídica.

Fernando Atria³ presenta las relaciones entre parlamento y judicatura constitucional como una pugna entre lo que decidimos nosotros y lo que decide una parte de nosotros, es decir, una facción de nosotros. El problema radica en que respecto a los órganos políticos dotados de legitimidad democrática se configura el ideal político de autogobierno, por lo que se puede entender que las decisiones de esos órganos son “nuestras decisiones”. Por el contrario, cuando los jueces hacen una aplicación directa de la Constitución, esa decisión ya no es “nuestra” sino de una parte de nosotros y como tal es facciosa. Y lo faccioso también quiere decir para Atria⁴ subversión de las instituciones democráticas, porque al entender que junto a los procedimientos formales de formación de voluntad puede recurrirse a un mecanismo de apelación directa de la sustancia, se devalúa dramáticamente el valor de los procedimientos formales de formación de voluntad política.

Como se puede ver, el problema que expone esta doctrina no radica mayormente en el tipo de órgano jurisdiccional que debe resolver un conflicto constitucional. No es un problema de si le corresponde a la judicatura constitucional o a la ordinaria resolver este tipo de conflictos, sino el de la aplicación inmediata por un juez, del tipo que sea, de la Constitución. Al carecer de una densidad normativa suficiente, la aplicación judicial de normas constitucionales será siempre una opción valorativa y política de una o más personas, es decir, de uno o más jueces de la República. En cambio, la aplicación de normas legales, sea por cualquier tipo de juez, no da lugar a este tipo de problemas, ya que el legislador democrático le ha dado suficiente densidad a esas normas, de modo que, en la mayoría de los casos, ese juez puede limitarse a aplicarlas a los casos que le corresponde resolver.

² La expresión proviene del artículo de Galle, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1955-1956). Una aplicación a categorías constitucionales puede verse en Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23, 2000.

³ Atria, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Universidad Austral de Chile, 2006, pp. 9 y 10.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

Al contrario de las tesis de Schmitt y de Atria, creo que es posible considerar legítima la defensa de la Constitución por un tribunal constitucional, bajo ciertas circunstancias. En primer lugar, tiene clara relevancia la estructura orgánica del órgano jurisdiccional que debe realizar la defensa de la Constitución. En segundo lugar, hay que distinguir entre casos constitucionales “difíciles” y aquellos que no tienen esta característica.

En relación a la estructura del tribunal que tiene por función aplicar normas constitucionales, es deseable que los jueces que forman parte de este tribunal tengan una mayor legitimidad democrática que la que podrían tener los jueces ordinarios, suponiendo que estos últimos no son de elección popular, como es la situación normal en la mayoría de los Estados contemporáneos. Es que en esta parte no se puede soslayar que los casos de aplicación directa de la Constitución comportan claramente un mayor nivel de politicidad que lo que puede presentar un caso de aplicación de legalidad ordinaria. Esto se explica por la menor densidad normativa de la Constitución en relación a la ley. Pero esta aseveración no significa que ante estos órganos se desarrolle una actividad política del mismo modo como la que se desarrolla ante el parlamento.

Los jueces no se pueden autoconvocar mientras que los órganos políticos sí pueden hacerlo. Los jueces, además, tienen que fallar y fundamentar en derecho sus decisiones, mientras que los órganos políticos generalmente no son obligados a dar razones cabales de sus decisiones. El caso concreto como horizonte aplicativo de la norma desde luego diferencia una actividad jurisdiccional de una política (especialmente legislativa). Éstas y otras razones permiten diferenciar la actividad de un órgano político de la de un órgano jurisdiccional que tiene que aplicar una norma constitucional. Por eso, si comparamos la actividad que se desarrolla ante un órgano legislativo y un órgano jurisdiccional, podemos constatar que se trata de actividades cualitativamente diferentes. La actividad de los órganos jurisdiccionales aparece mucho más acotada y encauzada jurídicamente que la de los órganos políticos, y por eso, se trata de una actividad en definitiva menos política y más jurídica.

Ahora bien, en el concreto aspecto de creación de derecho, podemos decir que entre la actividad del parlamento y la judicatura hay una diferencia antes cuantitativa que cualitativa. Ante un tribunal de justicia hay una menor tasa de actividad creadora de derecho que ante el parlamento, pero hay que reconocer que ante los tribunales, como ya lo hiciera ver

Gény⁵ hace aproximadamente ciento cincuenta años, también existe tal actividad creadora de derecho. La constatación de esa realidad separaba claramente a Kelsen⁶ de Schmitt. De acuerdo con Kelsen no hay que sorprenderse tanto que los jueces constitucionales creen derecho. Es lo que en mayor o menor medida hacen todos los jueces. Pero del mismo modo hay que reconocer que ante los jueces constitucionales se da más actividad creadora de derecho que ante los jueces ordinarios, y de eso hay que hacerse cargo.

Dejando claro, de este modo, que ante las cortes constitucionales se da una actividad creadora de derecho mayor que ante un tribunal ordinario, es aconsejable por lo tanto dotar de una adecuada legitimidad democrática a los jueces que deben resolver el conflicto constitucional. Esto se logra mediante la designación de dichos jueces por órganos estatales que tengan una legitimidad democrática directa (Congreso Nacional o presidente de la República). No es aconsejable en este sentido que un tribunal de justicia, como podría ser la Corte Suprema o el tribunal de casación, designe a los jueces que defenderán a la Constitución. En este mismo sentido, tampoco hay que descartar que los jueces constitucionales puedan ser electos en su totalidad o en una parte por los ciudadanos, aunque sería recomendable que para ser electo se exija ser un técnico en derecho, es decir, un licenciado en derecho.

No se trata que el tribunal constitucional sea una cámara política más, sino un colegio dotado de una legitimidad democrática y la propia de los jueces. Esa legitimidad judicial puede venir dada por la *auctoritas* de sus integrantes o por la que da el proceso jurisdiccional. Por eso es recomendable designar o elegir como jueces constitucionales a aquellos licenciados en derecho que demuestren alguna experiencia y debida competencia en temas jurídicos. Habrán de crearse algunos indicadores objetivos que permitan valorar estos requisitos. Por otro lado, ese órgano tendrá la legitimidad que otorga el proceso jurisdiccional, es decir, la que deriva de la aplicación irrestricta del principio de pasividad, articulación de un contradictorio en términos de igualdad que muestre todos los extremos del conflicto constitucional en cuestión y sentencias judiciales debidamente

⁵ Véase Gény Francois, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, *passim*.

⁶ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 18 y ss.

fundamentadas en derecho. En esta última parte se subsume la legitimidad que da el proceso jurisdiccional con la legalidad.

En este mismo orden de cosas, al tener una estructura fusionada entre órgano político y tribunal de justicia, se hace aconsejable además que estos jueces respondan política y jurídicamente. Se podría idear la figura del *impeachment* respecto de los jueces constitucionales. Asimismo, los jueces constitucionales deben responder civil y penalmente por sus actos jurisdiccionales. Un Estado constitucional y democrático de derecho no puede tolerar que ningún poder sea ilimitado.

En relación a lo que he denominado casos constitucionales “difíciles” y aquellos que no tienen esta característica, creo que la distinción es pertinente a efectos de tratar el problema de la aplicación judicial de las normas constitucionales. No todo es laguna en la aplicación judicial de la Constitución. Afirmar eso peca de la misma radicalidad con que Kantorowicz⁷ describía al ordenamiento jurídico, cuando señalaba que en las leyes hay tantas lagunas como palabras, y como tal, había que colmar la ley con el derecho libre de los jueces. Nuevamente creo que es pertinente reconocer que la aplicación judicial de la Constitución comportará mayores lagunas que respecto a la aplicación de normas legales, pero habrá casos en que la norma constitucional no generará lagunas que haya que colmar. Hay ejemplos que a estas alturas son evidentes. El artículo 19, número 2 de la Constitución chilena garantiza el derecho a la igualdad ante la ley, agregando que en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Una ley que dispusiera que las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos del país serán consideradas esclavas es claramente inconstitucional. El Tribunal Constitucional sin mayores dudas debería declarar inconstitucional dicha ley. Pero hay situaciones evidentemente menos claras y que pueden ser la regla.

Veamos situaciones en que el vicio de inconstitucionalidad es menos evidente. El artículo 19, número 23, inciso final, de la Constitución chilena dispone que una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. En este caso si se le pide determinar al tribunal constitucional evaluar si concurre un interés nacional en la limitación de la adquisición de bienes por los particulares, claramente ese

⁷ Kantorowicz, Germán, “La lucha por la ciencia del derecho”, en varios autores, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 337.

tribunal terminará por colmar la norma, como lo hace cualquier juez cuando tiene que recurrir a conceptos jurídicos indeterminados. Y desde luego los conflictos constitucionales se van haciendo más difíciles cuanto mayor indefinición normativa exista, como sucede con la tutela de los derechos fundamentales, como los de respeto a la vida privada, intimidad, libertad de conciencia, libertad de expresión, etcétera, en el supuesto que no hayan sido desarrollados por el legislador. En todos estos casos los jueces decidirán el conflicto constitucional apelando a sus concepciones sobre los derechos. En este sentido tiene razón Atria⁸ al sostener que esos jueces no decidirán el conflicto apelando a una norma común sino a una concepción facciosa. Pero eso mismo le sucederá a un juez ordinario cuando tiene que resolver una controversia civil apelando a principios generales como el de buena fe, o recurriendo a la equidad.

De acuerdo con lo analizado precedentemente, los jueces constitucionales son un poco más facciosos que lo que pueden ser los jueces de la judicatura ordinaria. Para evitar incrementar sus niveles de creación normativa contrariando el principio democrático, se debe aumentar el grado de su legitimidad democrática. Desde luego jamás se logrará cuadrar el círculo de la actividad jurisdiccional, que siempre tendrá una faceta creadora de derecho, pero al menos se logrará equilibrar mejor su actuación dentro del Estado de derecho.

2. Instituciones de la justicia constitucional respetuosas de la voluntad del parlamento

Existen dos mecanismos de justicia constitucional que pueden paliar las tensiones que se producen con el órgano representativo de la voluntad popular. Me refiero a reemplazar el mecanismo de la anulación de leyes por de la inaplicabilidad de las mismas. En segundo lugar, en el caso que el tribunal de control de constitucionalidad esté facultado para anular leyes, puede decretar la referida nulidad con un carácter de *ultima ratio* y acomodar en la medida de lo posible la disposición legal dentro del conjunto de normas y principios constitucionales, interpretándola por tanto en un sentido constitucional. Me refiero a la situación de las denominadas sentencias interpretativas. Analizaré a continuación críticamente cada una de estas hipótesis.

⁸ Atria, Fernando, "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno", *op. cit.*, nota 3, p. 16.

A. *De la anulación de la ley a la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad*

El modelo kelseniano de justicia constitucional supone entregar la facultad a un tribunal de justicia para anular con efectos *erga omnes* las leyes que vulneren la Constitución. Se trata de confiarle a un tribunal de justicia la competencia de contrastar un enunciado normativo legal con otro enunciado normativo de carácter constitucional. A veces ese juicio es completamente en abstracto o a veces supone un caso pendiente, pero sin llegar a ser técnicamente un control concreto.

Concordemos en que la anulación de leyes nunca ha sido una facultad propiamente jurisdiccional y por eso mismo, cuando comienzan a funcionar este tipo de cortes en Europa, un sector de la doctrina no dudó en señalar que desempeñaban una función más cercana a la legislativa que a la jurisdiccional. Como señalara Calamandrei⁹ hace cincuenta años, una cosa es entregarle a un tribunal el poder para juzgar la ley a los fines de interpretarla y otra cosa bien distinta es atribuir un poder a un tribunal para juzgar la ley a los fines de anularla. Lo primero es lo que hace una corte de casación y por eso los efectos de su decisión son *inter partes*. Lo segundo es lo que efectúa una corte constitucional y por eso los efectos de su decisión son *erga omnes*.

La facultad de anular leyes tensiona las relaciones entre parlamento y judicatura constitucional. Esto se explica claramente porque la anulación de leyes la realiza un órgano que no es representativo de la voluntad popular, pero que impone su decisión a la mayoría política que había aprobado previamente esa ley. Y la anulación indica que esa mayoría política aprobó una ley inválida, es decir contrariando la norma constitucional.

Una posibilidad que permitiría sortear de mejor modo este tipo de cuestiones que generan conflictos entre poderes, es optar por un sistema mediante el cual las cortes constitucionales se limiten a declarar inaplicable para un caso concreto, es decir, con efectos *inter partes* y no *erga omnes*, un precepto legal cuya aplicación judicial resulte contraria a la Constitución.

⁹ En este sentido Calamandrei, Piero, "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XI, parte I, 1956, p. 12.

La inaplicabilidad, sostiene Fernando Atria,¹⁰ hay que circunscribirla en una función típicamente jurisdiccional, es decir, una actividad que opera en contextos discursivos de aplicación y no de justificación. De este modo, la inaplicabilidad de leyes opera bajo el mecanismo de aplicación de reglas generales a casos concretos y no apunta a determinar si esas reglas son razonables, justas o constitucionales. El juicio jurisdiccional no puede operar en un contexto de datos generales y normales. Los tribunales de justicia “son órganos diseñados para examinar un caso concreto de la manera más exhaustiva posible, con la finalidad de que no haya sido excluida de consideración ninguna característica del caso que sea relevante para la decisión de *aplicación* que deberá adoptarse”.¹¹

Pero aceptar el modelo de la inaplicabilidad de las leyes, comporta convenir en que mediante él no se controla la constitucionalidad de las mismas, puesto que no se hace un contraste entre norma y norma. No hay por esta vía una defensa propiamente tal de la supremacía constitucional. De este modo, el objeto de un recurso de inaplicabilidad de leyes no debería contestar la siguiente pregunta: ¿Es constitucional el artículo *x* de la ley *y*? La pregunta que se debe contestar es la siguiente: ¿Es constitucional aplicar al caso *z* el artículo *x* de la ley *y*? Pongamos un ejemplo concreto. La ley puede disponer que las personas titulares del dominio de construcciones de valor histórico estén obligadas a conservar la estructura de ellas, estándoles prohibido disponer materialmente de las mismas. La referida conservación correrá por parte de los propietarios. Pero si después de dictada la ley un edificio en particular afectado al patrimonio histórico del país sufre severos daños estructurales producto de un terremoto, que significarán para el titular del mismo incurrir en cuantiosos gastos de conservación, puede ser legítimo que un juez pueda declarar inaplicable esa ley para el titular de ese edificio, porque su aplicación en el caso concreto resulta contraria a la Constitución (igual repartición de las cargas públicas).¹² Esta decisión judicial tiene efectos *inter partes* y no significa enjuiciar la validez de la disposición legal. Esta se considera

¹⁰ Cfr. Atria, Fernando, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Santiago, número especial, vol. XII, agosto de 2001, p. 149.

¹¹ *Ibidem*, p. 149.

¹² Un análisis constitucional de este problema en el derecho chileno, puede ser consultado en Accatino, Daniela, “Sentencia de inaplicabilidad sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. 17, diciembre de 2004, pp. 215-226.

válida, es decir, conforme con la Constitución, pero no es aplicable por las particularidades que presentaba el caso concreto en cuestión.

La inaplicabilidad de las leyes es una institución jurisdiccional que genera muchos menos problemas con el parlamento que la anulación de las leyes por inconstitucionalidad. Tema diferente es si se puede confiar exclusivamente en esta herramienta procesal, sin crear ningún otro mecanismo que permita asegurar la supremacía constitucional en un Estado de derecho que valora la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. A mi entender, como explicaré, el mecanismo de la inaplicabilidad no es suficiente a estos efectos y se hace necesario por tanto crear algún tipo de instrumento de justicia constitucional con efectos anulatorios.

No es suficiente el mecanismo de la inaplicabilidad porque pueden existir violaciones flagrantes a la Constitución que significarán alterar el cuadro de competencias orgánicas de los poderes del Estado o bien, en algunos casos vulnerar los derechos fundamentales. Doy un solo ejemplo que permite abarcar varias situaciones. Si el presidente de la República chileno, dicta un decreto supremo por el cual crea un tribunal de justicia para conocer de asuntos criminales cuyos supuestos de hecho ya se han dado en el pasado, ese decreto supremo viola por una parte la competencia legislativa para crear tribunales de justicia (artículo 76 de la Constitución Política de la República de Chile) y de otra, el derecho fundamental de las personas a ser enjuiciadas por el tribunal ordinario predeterminado por la ley (artículo 19, número 3, inciso 4 de la Constitución Política de la República de Chile). Se trata de una cuestión donde los vicios son generales y obvios. Ese decreto debe ser anulado y expulsado del ordenamiento jurídico. No sirve que un juez de la causa lo inaplique por considerar que en ese caso concreto fue excluida de consideración una determinada circunstancia específica que amerite su inaplicación.

Por otra parte, hay una serie de leyes que raramente van a llegar a ser aplicadas en sede jurisdiccional, por lo que nunca podrá funcionar la institución de la inaplicabilidad. Ésta supone una gestión judicial pendiente. Piénsese en las leyes electorales, leyes sobre gasto público o leyes que prevén nuevas estructuras públicas. Se trata de las leyes denominadas por un sector de la doctrina como autoaplicativas.¹³

¹³ Véase Pesole, Luciana, “El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XII, agosto de 2001, p. 268.

De acuerdo con lo señalado, más que reemplazar a los instrumentos de justicia constitucional, la inaplicabilidad podría unirse a ellos. En esta hipótesis, como la declaración de nulidad de la ley y la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad son instituciones completamente diversas, podrá suceder que el tribunal constitucional considere que una disposición legal es constitucional, y por lo tanto rechace el recurso presentado contra ella, y luego un tribunal de justicia ordinario declare inaplicable en un caso particular esa misma disposición, por encontrarla contraria a la Constitución en su aplicación concreta. No hay ninguna contradicción en ello.

B. De la anulación de la ley a la interpretación de ley

Conscientes los jueces constitucionales de su delicada posición institucional, especialmente en relación con el parlamento, poco a poco han ido creando sentencias alternativas a la de anulación de las leyes. Las más conocidas son las denominadas sentencias interpretativas de rechazo, mediante las cuales la corte constitucional rechaza la cuestión de inconstitucionalidad presentada, declarando la constitucionalidad de la ley en la medida que se la interprete en el sentido que expresa la propia corte.¹⁴

Razones para utilizar este tipo de sentencias hay varias. Una de ellas supone una presunción de constitucionalidad de la labor del parlamento, presunción que tiene su fundamento en la legitimidad democrática del órgano. En este sentido, el juez analiza la ley partiendo del supuesto de su constitucionalidad, correspondiéndole interpretarla de un modo tal que se incorpore al ordenamiento jurídico una norma conforme con la Constitución.¹⁵ La anulación de la ley, en virtud del respeto al legislador democrático, viene a operar con un criterio de *ultima ratio*.

¹⁴ Para un estudio de las sentencias interpretativas, remito a Bordalí, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 249-252; “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XVIII, núm. 1, 2005, pp. 96-103; “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, pp. 40-45.

¹⁵ Ferreres, Vicente, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 141.

En otros casos, las sentencias interpretativas tienen su razón de ser en evitar los vacíos normativos que se producirán producto de la anulación de la ley. Este *horror vacui* ha sido un problema recurrente en los estudios de justicia constitucional. Kelsen fue uno de los primeros autores en preocuparse de este problema, para lo cual proponía que se retrasara la entrada en vigencia de la sentencia estimatoria hasta un cierto plazo, por ejemplo hasta en tres o cinco años, de forma semejante a la *vacatio legis*, para que así el legislador pudiera intervenir evitando el vacío normativo.¹⁶

Las cortes constitucionales, mediante el uso de las sentencias interpretativas, evitan ponerse en situación de contraste con la mayoría política que ha aprobado la ley, puesto que ellas declaran constitucional la ley en la medida en que ésta sea interpretada de un modo constitucional. En este sentido, mediante las sentencias interpretativas, las cortes constitucionales trasladan el problema de la confrontación entre poderes desde el parlamento hacia la judicatura ordinaria, con especial mención de la corte de casación, ya que a ésta pertenece la facultad de interpretar en definitiva el correcto sentido de la ley.

III. LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN. UN PROBLEMA ENTRE JUECES

1. *Interpretación de la Constitución por todos los jueces*

Si se concibe a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable y que vincula a todos los poderes del Estado, es inevitable concluir que todos los jueces de la República están llamados a aplicar e interpretar la Constitución.

En el proceso de interpretación de las leyes, los jueces ordinarios pueden encontrarse con varias situaciones. En primer lugar, que una disposición legal se ajuste a cabalidad al texto constitucional, conformidad que no implica ningún esfuerzo hermenéutico acomodaticio mayor. En segundo lugar, una disposición legal puede dar lugar a varias interpretaciones posibles, algunas de ellas contrarias a la Constitución y otras conforme a la misma. En este último caso el juez debería optar por aquellas interpretaciones que permiten salvar la constitucionalidad de la ley. El

¹⁶ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 191.

respeto al legislador democrático aconseja este camino. En tercer lugar, la disposición legal no logra ser interpretada de conformidad a la Constitución. En este caso las alternativas pueden ser dos. Que ese juez inaplique esa ley por sí mismo. O bien, que en el caso de que exista la posibilidad para ese juez de plantear una cuestión de constitucionalidad al tribunal que tenga competencia para pronunciarse sobre ello, éste formule la cuestión. Normalmente, quien tiene asignada esa competencia en la mayoría de los países de tradición continental, es el tribunal constitucional. Como sea, en todos los casos enunciados precedentemente, los jueces, todos ellos, están obligados a darle aplicación práctica a la Constitución, enjuiciando la conformidad de la ley con la Constitución.

Lo anterior se explica por el rol del juez en el Estado constitucional de derecho. La sujeción del juez a la ley no es sujeción a la letra de la ley, sino sujeción a la ley válida, esto es, aquella ley que coherente con el entramado constitucional.¹⁷ Esta sujeción del juez a la ley válida implica que éste siempre debería enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Cosa distinta es si ese juez puede desaplicar por sí mismo la ley o debe recurrir ante el tribunal al que el ordenamiento jurídico haya entregado la competencia para inaplicar o anular leyes, lo que dependerá del sistema jurídico de cada Estado.

De lo dicho precedentemente debe concluirse que la aplicación e interpretación de la Constitución en un Estado constitucional de derecho debe ser una competencia difusa. Cosa diferente es que la Constitución y las leyes puedan concentrar en un solo tribunal la competencia para anular o desaplicar disposiciones legales inconstitucionales.

Si bien la interpretación constitucional difusa puede ser entendida como una consecuencia necesaria de la vigencia directa del texto constitucional como norma jurídica, tiene el inconveniente que impide consolidar una doctrina clara en materia constitucional. Si todos los tribunales de justicia son compelidos a interpretar la Constitución, sin que exista mecanismo alguno que unifique esas decisiones judiciales, el valor seguridad jurídica se resiente notablemente. En este sentido, es recomendable activar una práctica de diálogo y respeto entre tribunales. Es conveniente de este modo que en la interpretación que dan los tribunales ordinarios a la Constitución, estén a lo que previamente haya dispuesto el tribunal constitucional, si es que lo hay y si es que ha sentado doctrina sobre el determinado punto previamente.

¹⁷ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 26 y ss.

2. *Sentencias interpretativas. Invasión de los dominios de la corte de casación*

Como se expresaba precedentemente, las sentencias interpretativas evitan conflictos entre el parlamento y el tribunal constitucional, pero trasladan el problema hacia la judicatura ordinaria.¹⁸

Para que opere correctamente el sistema de las sentencias interpretativas, debe distinguirse adecuadamente entre disposición y norma. Así, presentado un recurso de inconstitucionalidad a la corte constitucional respecto de una disposición X de una ley Y, la corte declara constitucional la referida disposición X en la medida que a la referida disposición se le de un determinado significado que es compatible con la Constitución o en la medida que se excluya un significado que es contrario a la Constitución. De este modo, la corte constitucional extrae normas de una disposición jurídica determinada. Todo ello, como lo hace ver un sector de la doctrina,¹⁹ limita severamente las posibilidades hermenéuticas de los jueces comunes y, por tanto, las facultades nomofilácticas de las cortes de casación.

Las sentencias interpretativas han dado lugar a la conocida historia de “guerra entre cortes” que se dio en Italia desde el inicio de las funciones de la corte constitucional en el año 1956. La corte constitucional italiana ocupó el espacio de la corte de casación en la interpretación autorizada de la ley ordinaria. De todo ello ya me he hecho cargo en otros trabajos y a ellos remito.²⁰

Para evitar los conflictos entre cortes sobre la interpretación de la ley, la solución más realista que se avizora es la de diálogo y respeto entre cortes. Pero esa práctica debe partir, a mi juicio, de reconocer que quien

¹⁸ Como expresa Guillaume Drago, el uso de las sentencias interpretativas por el *Conseil Constitutionnel* obedece a una posición cómoda del Consejo, que le permite evitar una censura al legislador, descargando de este modo la responsabilidad constitucional en otras autoridades. *Cfr.* Drago, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, París, Themis, 2006, p. 536.

¹⁹ Véase Silvestri, Gaetano, “Le corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei”, *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 41.

²⁰ Bordalí, Andrés, “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XVIII, núm. 1, 2005, pp. 96-103; “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006, pp. 40-45.

tiene la función de *nomofilaxis* es la corte de casación y no la corte constitucional. Esto quiere decir que la exégesis de la normativa ordinaria corresponde a la corte de casación, de modo tal que cuando la corte constitucional realice en sus fallos interpretaciones de la ley, debe considerar y adoptar la uniforme interpretación que de la disposición sometida a su control ya haya dado la corte de casación.²¹

3. Casación por motivos de inconstitucionalidad.

Invasión de los dominios de la corte constitucional

En la doctrina, se defiende a veces la idea de que las cortes de casación están facultadas para controlar las normas constitucionales a través del recurso de casación. Ello viene a ser una consecuencia de la aplicación y vinculación directa de la Constitución a todos los poderes públicos y tribunales de justicia. Si en el Estado de derecho decimonónico, a efectos del recurso de casación, el término ley debía ser interpretado restrictivamente como sinónimo de ley ordinaria, en el Estado constitucional de derecho el término ley debe ser entendido ampliamente, lo que incluye tanto la Constitución como la ley ordinaria.²² La corte de casación, vía recurso de casación, aparece para este sector de la doctrina como el órgano que debe “verificar y orientar el significado de las disposiciones constitucionales para su aplicación por los jueces del fondo en todas las causas en que deban acudir a las mismas disposiciones para la resolución del asunto que les corresponde conocer”.²³

La idea de que la corte de casación pueda controlar la interpretación constitucional vía recurso de casación en el fondo ha sido rechazada por algunas cortes, como es el caso de la Corte Suprema chilena.²⁴ Parte de la

²¹ Véase en este sentido la posición de Morelli, Mario, “Rapporti tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nell’interpretazione della norma giuridica e nell’applicazione del precetto costituzionale”, *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 84.

²² Fernández, Miguel Ángel, “Constitución y casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 3, núm. 1, 2005, p. 110.

²³ *Idem*.

²⁴ Sobre esta doctrina estable de la Corte Suprema chilena véase Atria, Fernando, “Proceso civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 2, 2005, comentario de la jurisprudencia de 2004, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, pp. 284 y 285.

doctrina, como veremos, también asume esta posición negativa en el tema. Y esa posición a mi juicio es correcta. ¿Qué razones existen para sostener esta posición restrictiva del recurso de casación? En primer lugar razones de texto. Donde la ley no atribuya expresas competencias en este sentido, no es lícito interpretar extensivamente esta materia. Estamos frente a un recurso procesal de derecho estricto que comportará la anulación de la decisión de un tribunal de justicia de la república. De este modo, si las legislaciones procesales señalan que el recurso de casación vela por la defensa o correcta interpretación de la ley, debe entenderse por tal la ley ordinaria.

Por otra parte, hay que señalar que se pierde todo el sentido histórico de la casación considerando a la norma constitucional como objeto del recurso de casación. La casación es parte del sistema de defensa del orden democrático. Se trata de que la voluntad del pueblo no sea alterada por la decisión particular de un juez. Pero para que el sistema pueda funcionar esa voluntad del pueblo debe estar expresamente detallada por una norma jurídica de modo que el órgano de casación pueda controlar si se respeta o no esa voluntad. Deben tener por tanto esas normas jurídicas una densidad regulativa tal que permita cumplir la función de control.

Es cierto que la ley no siempre tiene la densidad normativa suficiente, o bien no siempre es clara, de modo tal que los jueces no se limitan a aplicarla sino que terminan creando al menos en parte la norma. Y eso mismo ocurre con el recurso de casación. Determinar el correcto sentido de la ley en sede de casación tiene un claro aspecto de creación de derecho por parte de la corte de casación.²⁵ Pero la densidad normativa de la Constitución es infinitamente inferior a la de la ley, por lo que determinar el correcto sentido de la norma constitucional termina siendo, en muchos casos, un puro acto de deliberación política dada en este caso por un órgano (corte de casación) que carece de legitimidad democrática, sin que represente en lo más mínimo la voluntad del pueblo. De este modo, el respeto del principio democrático desaconseja entregar a los jueces de casación la correcta interpretación de la norma constitucional.

La diferencia esencial entre normas legales y constitucionales es visualizada por Fernando Atria²⁶ en que las primeras pretenden adjudicar nuestros conflictos mientras que las normas constitucionales pretenden

²⁵ Taruffo, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 88.

²⁶ Cfr. Atria, Fernando, "Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predictibilidad y autogobierno", *cit.*, nota 3, p. 15.

identificar los fundamentos de nuestra comunidad política. Por ello se debe ser muy cuidadoso en la aplicación directa de la Constitución ya que la adjudicación del conflicto no será en muchos casos obra de la voluntad general sino del criterio particular de uno o más jueces.

Ahora bien, es cierto que en experiencias comparadas algunas cortes de casación han considerado a la Constitución como norma a tutelar mediante la función de *nomofilaxis*, pero ello se ha debido a fenómenos excepcionales de crisis o transición institucional. En Italia, desde 1948, año en que entra en vigor la Constitución de la Postguerra, la corte de casación operó como una corte constitucional, puesto que la referida Constitución consagraba una corte constitucional para que desarrollase tal actividad, pero ésta no entró en funciones hasta el año 1956. De este modo, desde 1948 a 1955, todos los jueces italianos, con especial consideración de la corte de casación como tribunal del vértice de la estructura, operaron en calidad de órganos responsables del control de constitucionalidad de las leyes.²⁷ Luego en 1956, cuando entra en funciones la corte constitucional, la doctrina entendió que la corte de casación continuaría conociendo en exclusiva de las cuestiones de legalidad ordinaria y no de constitucionalidad. Y así se ha dado en la práctica.

Las cortes de casación no deben considerar a la Constitución dentro de su función de *nomofilaxis* y uniformidad en la interpretación de las disposiciones legales. Ello no sólo es inconveniente desde el punto de vista del respeto del Estado de derecho, sino que aumenta los grados de inseguridad jurídica al entrar a competir con las cortes constitucionales como defensores de la Constitución y los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES

La introducción de cortes constitucionales en los países de tradición del *civil law* ha significado desde siempre romper el equilibrio de poderes con que nació el Estado de derecho decimonónico. Si por un lado supuso imponer su voluntad a la mayoría política del parlamento, a quien puede “doblarle la mano” y anular su producción normativa, con el tiempo las cortes constitucionales comenzaron a ocupar el espacio competencial de las cortes de casación, procediendo a realizar junto a éstas la función de *nomofi-*

²⁷ Campanelli, Giuseppe, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turín, Giappichelli, 2005, p. 105.

laxis de la ley ordinaria. La intervención de las cortes constitucionales supuso entonces generar un conflicto entre los poderes democráticos del Estado al que luego se sumó otro entre las distintas judicaturas.

Para que la labor de las cortes constitucionales no pueda ser tildada de facciosa, se hace necesario aumentar los grados de su legitimidad democrática. Los jueces constitucionales sólo deberían ser designados por los poderes políticos que representan a la voluntad popular, sin descartar la hipótesis de elegirlos directamente por la ciudadanía. Si a eso se agrega una ulterior legitimidad dada por la *auctoritas* de sus integrantes y por la legitimidad del proceso judicial, podemos ir cerrando los flancos que históricamente han abierto estos peculiares jueces.

Asimismo, las relaciones entre judicatura constitucional y judicatura ordinaria se pueden mejorar si cada una de ellas respeta el espacio que en términos “naturales”, se podría decir, corresponde a cada una de ellas. En este sentido, si las cortes constitucionales van a interpretar las leyes ordinarias mediante el expediente de las sentencias interpretativas, esa interpretación deberá atender a la doctrina que sobre el tema haya decantado la corte de casación. Al contrario, suponiendo que los jueces ordinarios están autorizados para aplicar e interpretar la Constitución, esa labor hermenéutica debe hacerse respetando la doctrina que al respeto haya formado previamente la corte constitucional.

Con estos instrumentos creo que se puede dejar de considerar a los jueces constitucionales como un grupo de villanos facciosos, convidados de piedra del Estado constitucional y democrático de derecho, que intentan imponer su particular punto de vista político a la voluntad popular que se expresa mediante el voto de la mayoría política en el parlamento. Por otro lado, se permite una convivencia pacífica entre judicaturas que tienen como horizonte normativo único la Constitución Política de la República.

No hay duda que los jueces constitucionales son un poder incómodo, pero deben tener cabida en la defensa del Estado Constitucional de derecho, defensa que debe ser realizada con altos grados de legitimidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela, “Sentencia de inaplicabilidad sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. 17, diciembre de 2004.

- ATRIA, Fernando, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, *Revista de Derecho*, Santiago, número especial, vol. XII, agosto de 2001.
- , “Proceso civil”, *Revista de Derecho*, Santiago, núm. 2, 2005, comentario de la jurisprudencia de 2004, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones.
- , “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, Universidad Austral de Chile, 2006.
- BORDALÍ, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.
- , “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”, *Revista de Derecho*, Santiago, vol. XVIII, núm. 1, 2005.
- , “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006.
- CALAMANDREI, Piero, “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XI, parte I, 1956.
- CAMPANELLI, Giuseppe, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Turín, Giappichelli, 2005.
- DRAGO, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, París, Themis, 2006.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 3, núm. 1, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRERES, Vicente, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- GALLE, W. B., "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 1955-1956.
- GÉNY, Francois, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000.
- IGLESIAS VILA, Marisa, "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa* 23, 2000.
- KANTOROWICZ, Germán, "La lucha por la ciencia del derecho", en VARIOS AUTORES, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- KELSEN, Hans, "La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)", en KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981.
- , *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- MORELLI, Mario, "Rapporti tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nell'interpretazione della norma giuridica e nell'applicazione del precetto costituzionale", *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001.
- PESOLE, Luciana, "El acceso por vía incidental en la justicia constitucional italiana", *Revista de Derecho*, Santiago, número especial: *Justicia constitucional*, vol. XII, agosto de 2001.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- SILVESTRI, Gaetano, "Le corti supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei", *Le corti supreme. Atti del convegno di Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 41.
- TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 88.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR
POSITIVO Y LA INCONSTITUCIONAL REFORMA
DE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO EN VENEZUELA
MEDIANTE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Allan R. BREWER-CARÍAS*

SUMARIO: I. *La supremacía de la Constitución y la justicia constitucional.* II. *El régimen legal del procedimiento en materia de amparo conforme a la Constitución de 1961, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, y la reforma constitucional de 1999.* III. *El nuevo régimen procesal del amparo establecido por el juez constitucional, reformando impropiaamente la Ley Orgánica de Amparo.* IV. *Apreciación general.*

I. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

El artículo 7o. de la Constitución venezolana de 1999¹ declara expresamente que su texto es “la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico”; por lo que a los efectos de garantizar esa supremacía y lograr que la Constitución tenga plena efectividad, en ella se regula todo un sistema de justicia constitucional,² mediante la asignación a to-

* Profesor en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad de Columbia, Nueva York.

¹ Véase en general sobre la Constitución de 1999, Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, Caracas, 2004, 2 vols.

² León Parada, Alejandra y Garbati Garbati, Guido, “Jurisdicción y supremacía constitucional”, *Nuevos estudios de derecho procesal, Libro homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, núm. 8, 2002, vol. I, pp. 745-784.

dos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (artículo 334).³

En esta forma, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, en Venezuela se ejerce por todos los jueces y no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia ni sólo por su Sala Constitucional, en cualquier causa o proceso que conozcan y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho, artículo 259).⁴

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, en materia de justicia constitucional, todas sus salas también tienen expresamente como competencia general, la de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles a todas ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (artículo 335). No es cierto, por tanto, como se ha afirmado, que la Sala Constitucional sea “el máximo y último intérprete de la Constitución”,⁵ o como lo ha señalado la propia Sala Constitucional el que tenga “el monopolio interpretativo último de la Constitución”.⁶ Ésta es una apreciación completamente errada, que no deriva del texto de la Constitución, de cuyo artículo 335, al contrario, se deriva que todas las salas ejercen la justicia constitucional conforme a sus respectivas competencias y son el máximo y último intérprete de la Constitución. También lo es, por supuesto, la Sala Constitucional, en la cual el Tribunal Supremo de Justicia concentra la Jurisdicción Constitucional (artículos 266, ordinal 1 y 336).

³ Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Brewer-Carías, Allan R., *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II, Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 9 de septiembre-17 de octubre de 1999, pp. 24 y 34.

⁴ Brewer-Carías, Allan R., *La justicia contencioso-administrativa*, t. VII: *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, 1997, pp. 26 y ss.

⁵ Haro G., José Vicente, “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, Sherwood, núm. 1, septiembre-diciembre de 1999, pp. 137 y 146.

⁶ Véase sentencia núm. 1374, del 9 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 84, octubre-diciembre de 2000, p. 267.

En consecuencia la expresión “justicia constitucional” en Venezuela es un concepto material que equivale a control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, el cual ha sido ejercido, siempre, por todos los tribunales pertenecientes a todas las jurisdicciones, es decir, por todos los órganos que ejercen el Poder Judicial.

En cambio, la expresión “jurisdicción constitucional” es una noción orgánica, que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad, en particular, las leyes y demás actos con rango de ley o de ejecución directa e inmediata de la Constitución. En los países europeos, dicha jurisdicción constitucional corresponde a los tribunales o cortes constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial), al igual que en algunos países latinoamericanos. En cambio, en Venezuela, siempre ha correspondido al Supremo Tribunal de Justicia,⁷ ahora a través de su Sala Constitucional.

La noción de justicia constitucional, por tanto, es distinta a la de jurisdicción constitucional. En consecuencia, es errada la apreciación que hizo la Sala Constitucional en su sentencia número 129 del 17 de marzo de 2000, cuando señaló que: “La Sala Constitucional tiene atribuida competencia para ejercer la jurisdicción constitucional, es decir, la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional”.⁸

En Venezuela, no es posible identificar la jurisdicción constitucional con “la potestad de juzgar en materia constitucional”, es decir, con la justicia constitucional. La garantía de la supremacía y efectividad de la Constitución y el carácter de máximo y último interprete de la misma, se insiste, corresponde a todas las salas del tribunal supremo, por igual, por lo que tampoco es correcto señalar como lo hizo la citada sentencia del 17 de marzo de 2000, ni siquiera que “en particular” dicha función corresponda a la Sala Constitucional. Esa “particularidad” no deriva de norma alguna de la Constitución, y lo único “particular” que resulta de las competencias judiciales en materia de justicia constitucional, es el monopolio atribuido a la Sala Constitucional en los artículos 266, 334 y 336 para anular ciertos y determinados actos estatales lo que, por lo demás caracteriza la

⁷ Véase Brewer-Carías, Allan R., *La justicia constitucional*, t. V: *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1996; Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989.

⁸ Expediente 00-0005, Caso: *Vicente Bautista García Fermín*.

“jurisdicción constitucional” en el derecho comparado.⁹ Estos actos son, en el nivel nacional, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno; en el nivel estatal, a las Constituciones estatales, las leyes emanadas de los Consejos Legislativos y demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución; y en el nivel municipal, a las ordenanzas municipales, consideradas invariablemente como leyes locales, y demás actos municipales de ejecución directa de la Constitución. Por tanto, ni siquiera la Sala Constitucional en Venezuela tiene el monopolio para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales.

Pero además, tanto el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Civil, como la propia Constitución (artículo 334) permiten a todos los tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, el poder declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por tanto preferencia a las normas constitucionales. Se trata, sin duda, de la base constitucional y legal del método difuso de control de la constitucionalidad.

Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, puede decirse que es uno de los más amplios conocidos en el mundo actual si se lo compara con los que muestra el derecho comparado, pues mezcla el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas.¹⁰

Ahora bien, en la interpretación vinculante que estableció la Sala Constitucional sobre el artículo 334 de la Constitución, en relación con la Jurisdicción Constitucional y el control concentrado de la constitucionalidad, en la sentencia número 833 del 25 de mayo de 2001 (Caso: Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), expuso lo siguiente:

⁹ Véase en general, Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, cit., nota 7, p. 190; y Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (estudio de derecho comparado)*, Caracas, 1994, p. 19.

¹⁰ De acuerdo a la terminología acuñada por Piero Calamandrei, *La illegittimità Costituzionale delle Leggi*, Padova, 1950, p. 5; y difundida por Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the contemporary World*, Indianápolis, 1971. Véase Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989. Véase además, Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995.

La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión, declara, con carácter *erga omnes*, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente a la desaplicación de la norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (no para un proceso determinado) y contra todo el mundo. Mientras que los Tribunales de la República, incluyendo las Salas del Tribunal Supremo de Justicia diferentes a la Constitucional, pueden ejercer sólo el control difuso. Las Salas Constitucional y Político Administrativa pueden ejercer el control difuso en una causa concreta que ante ella se ventile, y el control concentrado mediante el juicio de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento a ellas corresponde. La máxima jurisdicción constitucional se refiere al control concentrado, el cual es un control por vía de acción, que lo ejerce la Sala Constitucional, conforme al artículo 336 constitucional y, en ciertos casos, la Sala Político Administrativa...

A diferencia de otros países (donde existen tribunales constitucionales) en Venezuela —siendo parte del Poder Judicial— se encuentra la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual corresponde la jurisdicción constitucional, pero tal jurisdicción no tiene una cobertura total en el control concentrado.

El artículo 334 de la Constitución, crea la jurisdicción constitucional, la cual corresponde a la Sala Constitucional.¹¹

Como también lo ha resumido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 194 del 15 de febrero de 2001, respecto a lo que constituye la Jurisdicción Constitucional atribuida a la misma:

Dentro de las competencias atribuidas por el texto fundamental a la Sala Constitucional, enmarcadas dentro del ejercicio de la jurisdicción constitucional, se encuentran las enumeradas en su artículo 336, relativas al control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, leyes estatales, ordenanzas, actos de rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, los dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público, los decretos que declaren estados de excepción y sentencias definitivamente firme dictadas por cualquier órgano jurisdiccional que colidan con algún precep-

¹¹ Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núms. 85-88, 2001, p. 370.

to constitucional o doctrina sentada por la Sala Constitucional o que hayan ejercido el control difuso de la constitucionalidad de determinados actos.

Pero el constituyente no se limitó a un control a posteriori de la constitucionalidad de los actos antes mencionados, sino que consagró un sistema amplio de protección de los derechos constitucionales, a la par de las más modernas tendencias de la jurisdicción constitucional a nivel mundial, dentro de los cuales se encuentra el control de omisiones legislativas, la posibilidad de resolver colisiones de leyes con preceptos constitucionales y de resolver conflictos de autoridades.

Adicionalmente, la Sala Constitucional tiene dentro de sus competencias el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, la cual es ejercida a instancia del presidente de la República o de la Asamblea Nacional; las de control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de leyes nacionales, también a instancia del presidente de la República; y el control preventivo en cuanto al pronunciamiento de la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes calificadas como tales por la Asamblea Nacional.¹²

De todo lo anterior resulta, por tanto, que la jurisdicción constitucional atribuida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en un sistema constitucional caracterizado por una penta división del Poder Público entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (artículo 136 de la Constitución), conforme a la cual, la potestad de legislar sobre las materias de competencia nacional está atribuida en forma exclusiva a la Asamblea Nacional (artículo 187,1), de manera que las leyes sólo se pueden derogar y reformar por otras leyes de acuerdo al procedimiento constitucionalmente establecido (artículo 218).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, por tanto, no puede legislar ni puede, con ocasión de interpretar la Constitución, reformar las leyes. Puede interpretar la Constitución y las leyes, pero no puede reformarlas ni derogarlas. Sin embargo, lo contrario ha ocurrido de manera que la Sala, con motivo de interpretar el artículo 27 constitucional que regula el derecho y la acción de amparo, ha reformado el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y Garantías Constitucionales de 1988,¹³ la cual sin embargo, continúa en vigencia.

¹² Véase sentencia núm. 194 de la Sala Constitucional del 15 de febrero de 2001, caso: *Gobernación del Estado Trujillo vs. Comisión Legislativa del Estado Yaracuy*.

¹³ Véase en *Gaceta Oficial* núm. 33.891 del 22 de enero de 1988. La Ley Orgánica fue reformada en 27 de septiembre de 1988, publicada en *Gaceta Oficial* núm. 34.060 el

II. EL RÉGIMEN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA
DE AMPARO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE 1961, LA LEY
ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES DE 1988, Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1999

1. *El régimen del amparo en la Constitución de 1961*

En efecto, en la Constitución venezolana de 1961 se incorporó la institución del amparo a los derechos y garantías constitucionales como un derecho constitucional de las personas a ser protegidas, en una escueta norma con el siguiente texto:

Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

A los efectos de desarrollar la institución del amparo, como se dijo, en 1888 se promulgó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cuyos artículos 19, 23, 24, 26, 29, 30, 31, 32 y 35 se reguló el procedimiento general del proceso de amparo. Dicha Ley Orgánica, sin duda, fue una de las leyes más importantes que se dictaron en el país después de la propia Constitución de 1961, y en la misma se establecieron las siguientes normas procesales, en buena parte explicadas por la antigua Corte Suprema de Justicia, en Corte Plena, en sentencia de del 18 de octubre de 1994.¹⁴

A. *Introducción de la solicitud*

El escrito de la acción de amparo debe llenar los requisitos del artículo 18, los cuales deben ser examinados por el juez a los fines de verificar si la misma es suficientemente clara y llena tales requisitos.

27 de septiembre de 1988. Véase Brewer-Carías, Allan R., “Introducción general al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales”, en Brewer-Carías, Allan R. y Ayala Corao, Carlos, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Caracas, 1988.

¹⁴ Ponencia: Alfonso Guzmán, Rafael, consultada en original.

De faltar algunos de los elementos señalados en dicha norma, el juez deberá notificar al solicitante para que corrija el defecto u omisión dentro del lapso de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación. La falta de oportuna corrección implica la declaratoria de su inadmisibilidad.

B. Admisión de la acción

La primera actuación procesal del juez, una vez presentado correctamente el libelo de la acción, es juzgar sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la misma, conforme al artículo 6o. de la Ley Orgánica de Amparo y a las otras normas que se refieren a la admisión. Es decir, el juez necesariamente debe examinar los presupuestos de admisibilidad previstos en el artículo 6o. de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que están redactados en forma tal que al juez le corresponde verificar la inexistencia de los supuestos enunciados en dicho artículo, a los fines de declarar admisible o no la acción. Este examen da lugar a un auto de admisión o inadmisión, según el caso, con lo cual el tribunal afirma los elementos básicos para el conocimiento de la causa.

C. Solicitud de informe al presunto agravante o imputado

En el auto de admisión, el juez debe ordenar a la autoridad, entidad, organización social o a los particulares imputados de violar o amenazar el derecho o la garantía constitucionales, su comparecencia para que en el termino de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la respectiva notificación, informen sobre la pretendida violación o amenaza que hubiere motivado la solicitud de amparo (artículo 23).

De acuerdo al artículo 25 de la ley, este informe debe contener una relación sucinta y breve de las pruebas en las cuales el presunto agravante pretenda fundamentar su defensa, sin perjuicio de la potestad evaluativa que la ley confiere al juez competente (artículo 17).

La Ley Orgánica establece (artículo 14) que “la falta de informe correspondiente se entenderá como aceptación de los hechos incriminados”, razón por la cual ello debería dar origen a la decisión de amparo con el consiguiente restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida. Sin embargo, aún en estos casos, la decisión debe adoptarse luego de realizada la audiencia oral de las partes.

D. Medidas cautelares

La Ley Orgánica no preveía expresamente, la potestad del juez de amparo de adoptar medidas cautelares o preventivas en caso de solicitudes de amparo, lo que sin embargo, podía interpretarse del artículo 22 de la Ley Orgánica. En todo caso, por la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil (artículo 48), conforme al artículo 588 de dicho Código los jueces adoptaban las medidas cautelares adecuadas para la protección constitucional, cuando hubiere “fundado temor” de que una de las partes, particularmente el presunto agraviante, pueda causar “lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”, en concreto, el agraviado. En estos casos, para evitar el daño, el juez de amparo puede “autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

E. La audiencia pública y oral

En todo caso, al vencerse al término de cuarenta y ocho horas para la remisión del informe solicitado, sin que ello haya ocurrido, o al presentarse el informe por el presunto agraviado, el juez de amparo debía fijar la oportunidad para que las partes o sus representantes legales expresasen, en forma oral y pública, los argumentos respectivos (artículo 26), en una audiencia que debía realizarse dentro del lapso de noventa y seis horas siguientes a la presentación del mencionado informe o al vencimiento del lapso de 48 horas que tenía el agraviante para presentarlo.

F. Oportunidad de la decisión

Efectuado dicho acto de audiencia oral, el juez disponía de un término improrrogable de veinticuatro (24) horas para decidir la solicitud de amparo constitucional (artículo 26).

2. La reforma constitucional de 1999 en materia de amparo

El artículo 27 de la Constitución de 1999 puede decirse que siguió la orientación del artículo 49 de la Constitución de 1961, al regular la institución del amparo, definitivamente como un derecho constitucional, el

cual se puede ejercer a través de múltiples medios o recursos judiciales de protección, incluyendo la acción de amparo,¹⁵ así:

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Las reformas más importantes que introdujo esta norma respecto de lo que se establecía en el artículo 49 de la Constitución de 1961, son las siguientes:

En primer lugar, en forma expresa se estableció el amparo como un “derecho” constitucional de toda persona, “a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

En segundo lugar, en cuanto a los derechos amparables, se estableció que no sólo son los que la Constitución establece, sino aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente no sólo en la Constitución sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

¹⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R., *El derecho y la acción de amparo*, t. V: *Instituciones políticas y constitucionales*, cit., nota 4, pp. 163 y ss. Rondón de Sansó, Hildegard, “La acción de amparo constitucional a raíz de la vigencia de la Constitución de 1999”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, Caracas, núm. 119, 2000, pp. 147-172; Henríquez Larrazábal, Richard, D., “El problema de la procedencia del amparo constitucional en el derecho venezolano”, *Bases y principios del sistema constitucional venezolano, ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional*, vol. II, pp. 403-475; Hernández-Mendible, Víctor R., “El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. I, pp. 1219-1301.

En tercer lugar, en cuanto al procedimiento, en lugar de establecer sólo lo que debía ser “breve y sumario” como lo hacía la Constitución de 1961, se indica que debe ser “oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad”, y que además “todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto”.

En cuarto lugar, no sólo se reiteró la competencia del juez para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, sino alternatively, “o la situación que más se asemeje a ella”.

Y en quinto lugar se precisó expresamente que “el ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.

Como puede observarse de dicha norma, en ella no sólo se recogieron todos los principios fundamentales en materia de amparo que la Constitución de 1961 había establecido, sino los que se habían desarrollado en aplicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988.

III. EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL DEL AMPARO ESTABLECIDO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL, REFORMANDO IMPROPIAMENTE LA LEY ORGÁNICA DE AMPARO

La norma de la Constitución de 1999 relativa al amparo, fue interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de manera tal que mediante sentencias dictadas en casos concretos, procedió a modificar la Ley Orgánica de Amparo, no sólo en cuanto a la determinación de la competencia judicial en la materia, sino en especial, en materia de procedimiento judicial en los juicios de amparo, asumiendo en forma irregular, una función de legislador positivo, supuestamente procediendo a “adaptar” el procedimiento regulado en la Ley Orgánica de Amparo al texto de la nueva Constitución, con lo cual estableció, en realidad, un nuevo procedimiento modificando y reformando, impropriamente, el regulado en la Ley Orgánica de Amparo de 1988.¹⁶

¹⁶ Bello Tabares, Humberto Enrique Tercero, “El procedimiento de amparo constitucional, según la sentencia núm. 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 1o. de febrero de 2000. Caso: *José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio*”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, núm. 8, 2003, pp. 139-176; Toro Dupouy, María Elena, “El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2000-2002)”, *Revista de*

En efecto, en la sentencia núm. 7 del 1o. de febrero de 2000 (Caso: José A. Mejía y otros),¹⁷ la Sala, teniendo en cuenta que por mandato del artículo 27 de la Constitución, el procedimiento de la acción de amparo constitucional “será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades”; siendo las características de oralidad y ausencia de formalidades que rigen estos procedimientos las que permiten que la autoridad judicial restablezca inmediatamente, a la mayor brevedad, la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; y considerando que el artículo 27 de la Constitución es de aplicación inmediata; estimó que debía “adaptar” el procedimiento de amparo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a las prescripciones del artículo 27 de la Constitución, aplicando además, el 49 de la Constitución que impone el debido proceso, cuyos elementos deben estar presentes en el procedimiento de amparo cuyas normas procesales también deben adecuarse a dicha norma, prescribiendo que el procedimiento de las acciones de amparo debe contener los elementos que conforman el debido proceso.

Como consecuencia de esta orientación:

La Sala Constitucional, obrando dentro de la facultad que le otorga el artículo 335 *ejusdem*, de establecer interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, las cuales serán en materia de amparo vinculantes para los tribunales de la República, interpreta los citados artículos 27 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el procedimiento de amparo previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, distinguiendo si se trata de amparos contra sentencias o de los otros amparos, excepto el cautelar...

estableció un conjunto de normas procesales que estimó las adecuadas para desarrollar los principios constitucionales, reformando la Ley Orgánica de Amparo de 1988, con lo cual, sin duda, usurpó la potestad del legislador y atentó contra la seguridad jurídica. En particular en los casos de ejercicio de la acción autónoma de amparo, siempre que no sea contra sentencias, la Sala dictó las siguientes normas modificatorias del régimen legal.

Derecho Constitucional, Caracas, núm. 6, enero-diciembre de 2002, 2003, pp. 241-256; Toro Dupouy, María Elena, “El amparo contra decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El amparo sobrevenido”, *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, núm. 7, enero-junio de 2003, 2003, pp. 207-222.

¹⁷ Mejía, José A. *et al.*, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 81, 2000, pp. 349 y ss.

1. Principios generales del procedimiento no sujeto a formalidades

En cuanto a los principios generales del procedimiento, la Sala señaló que:

Debido al mandato constitucional de que el procedimiento de amparo no estará sujeto a formalidades, los trámites como se desarrollarán las audiencias y la evacuación de las pruebas, si fueran necesarias, las dictará en las audiencias el tribunal que conozca del amparo, siempre manteniendo la igualdad entre las partes y el derecho de defensa.

Todas las actuaciones serán públicas, a menos que por protección a derechos civiles de rango constitucional, como el comprendido en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se decida que los actos orales sean a puerta cerrada, pero siempre con intermediación del tribunal.

2. La obligación de indicar las pruebas al inicio del procedimiento

La Sala Constitucional, añadió a las prescripciones de la ley, en cuanto al inicio del procedimiento, que en la solicitud, que se puede presentar por escrito o en forma oral, el accionante debe señalar, además de los elementos prescritos en el citado artículo 18:

las pruebas que desea promover, siendo esta una carga cuya omisión produce la preclusión de la oportunidad, no solo la de la oferta de las pruebas omitidas, sino la de la producción de todos los instrumentos escritos, audiovisuales o gráficos, con que cuenta para el momento de incoar la acción y que no promoviére y presentare con su escrito o interposición oral; prefiriéndose entre los instrumentos a producir los auténticos.

La Sala Constitucional, en esta forma, reformó la Ley Orgánica, estableciendo una figura procesal incluso con efectos preclusivos.

3. La derogación de la exigencia legal del informe del agraciado, la citación del agraviante y la creación de la audiencia constitucional

La Sala Constitucional estableció en su sentencia que una vez admitida la acción, el juez debe ordenar:

La citación del presunto agravante y la notificación del ministerio público, para que concurran al tribunal a conocer el día en que tendrá lugar la audiencia oral, la cual tendrá lugar, tanto en su fijación como para su práctica, dentro de las noventa y seis horas a partir de la última notificación efectuada.

La sala, en cuanto a la citación, pero refiriéndola como “notificación”, reguló nuevas formas de hacerla ni siquiera establecidas en el Código de Procedimiento Civil, así:

Para dar cumplimiento a la brevedad y falta de formalidad, la notificación podrá ser practicada mediante boleta, o comunicación telefónica, fax, telegrama, correo electrónico, o cualquier medio de comunicación interpersonal, bien por el órgano jurisdiccional o bien por el Alguacil del mismo, indicándose en la notificación la fecha de comparecencia del presunto agravante y dejando el Secretario del órgano jurisdiccional, en autos, constancia detallada de haberse efectuado la citación o notificación y de sus consecuencias.

4. La reforma del régimen de la audiencia constitucional pública y oral

La Sala Constitucional, en su sentencia también reformó el régimen de la audiencia pública y oral en el proceso del juicio de amparo. Al eliminar la exigencia legal del informe escrito que debe requerirse y presentar el agravante, dispuso la realización de la audiencia oral y pública, con el siguiente régimen:

A. Propósito de la audiencia

En cuanto al propósito de su realización, la Sala dispuso que:

las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y esta o este decidirá, si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agravante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agravante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

En cambio, en el régimen establecido en la Ley Orgánica, que derogó la Sala Constitucional, la audiencia se realizaba en una oportunidad posterior a la presentación del informe por parte del agravante, eliminándose al agraviado la posibilidad de analizar su texto escrito con anterioridad, a los efectos de poder contestarlo efectivamente para reforzar su denuncia inicial en la audiencia oral,

Es decir, la Sala Constitucional le cercenó el derecho que tenía el agraviado tal como se lo garantizaba la Ley Orgánica de 1988, en un procedimiento dispuesto para proteger sus derechos, que le permitía conocer por escrito los alegatos que formulara el agravante, sin lesionar el derecho a la defensa del agraviante. En el procedimiento que estableció la Sala Constitucional, en cambio, se obliga al agraviado a conocer de los alegatos que exprese sólo oralmente el agravante en la audiencia oral, en la cual el juez además, siempre puede interrogar a las partes y a los comparecientes, y al final de la cual, la Sala Constitucional dispuso que se dictaría la sentencia.

B. Régimen de las pruebas

En relación con las pruebas, la sala señaló el siguiente régimen:

a. En cuanto a su admisión y evacuación

El órgano jurisdiccional, en la misma audiencia, decretará cuáles son las pruebas admisibles y necesarias, y ordenará, de ser admisibles, también en la misma audiencia, su evacuación, que se realizará en ese mismo día, con intermediación del órgano en cumplimiento del requisito de la oralidad o podrá diferir para el día inmediato posterior la evacuación de las pruebas.

b. En cuanto el desarrollo de la actividad probatoria en la audiencia, y la grabación y registro de las actuaciones procesales

La Sala dispuso el siguiente régimen procesal:

Cuando se trate de causas que cursen ante tribunales cuyas decisiones serán conocidas por otros jueces o por esta Sala, por la vía de la apelación o consulta, en cuanto a las pruebas que se evacuen en las audiencias orales, se grabarán o registrarán las actuaciones, las cuales se verterán en actas que permitan al juez de la Alzada conocer el devenir probatorio. Además,

en la audiencia ante el Tribunal que conozca en primera instancia en que se evacuen estas pruebas de lo actuado, se levantará un acta que firmarán los intervinientes. El artículo 189 del Código del Procedimiento Civil registrará la confección de las actas, a menos que las partes soliciten que los soportes de las actas se envíen al Tribunal Superior.

5. Régimen de la oportunidad de la sentencia de amparo

El régimen de la sentencia de amparo también se reformó con sentencia de la Sala Constitucional, modificándose el establecido en la ley orgánica, el cual se sustituyó por el siguiente:

Una vez concluido el debate oral o las pruebas, el juez o el tribunal en el mismo día estudiará individualmente el expediente o deliberará (en los casos de los Tribunales colegiados) y podrá:

a) Decidir inmediatamente; en cuyo caso expondrá de forma oral los términos del dispositivo del fallo; el cual deberá ser publicado íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó la decisión correspondiente. El fallo lo comunicará el juez o el presidente del tribunal colegiado, pero la sentencia escrita la redactará el ponente o quien el presidente del tribunal colegiado decida.

El dispositivo del fallo surtirá los efectos previstos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mientras que la sentencia se adaptará a lo previsto en el artículo 32 *ejusdem*.

b) Diferir la audiencia por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas, por estimar que es necesaria la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

IV. APRECIACIÓN GENERAL

Tal como lo observó en su momento el magistrado Héctor Peña Torreles, quien salvó su voto (voto negativo) en relación con la comentada sentencia número 7 del 1o. de febrero de 2000, “reformatoria de la Ley Orgánica”:

Por lo que respecta al procedimiento para tramitar el amparo que se establece en el fallo que antecede, observa quien disiente que en el mismo se

han consagrado aspectos no previstos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo cual, lejos de ser una adaptación al artículo 27 de la Constitución vigente se convierte en un procedimiento nuevo y distintos conservando algunos de las fases que establece la Ley, violando de esta forma el principio de reserva legal en materia de procedimientos.

El magistrado disidente, además, fue de la opinión de que las nuevas normas procesales establecidas con exceso rigorismo en la sentencia:

atenta justamente contra la brevedad e informalidad del amparo, asimilándolo a un juicio ordinario civil. En este aspecto, ha debido dejarse al juez que conozca del caso concreto la determinación de la necesidad y forma de tramitación de la fase probatoria.

En todo caso, considero que el presunto agraviado deberá siempre probar sus alegatos, sin necesidad de que tenga que obligatoriamente indicar en la interposición de la acción cuáles medios utilizará a tales fines; por lo que, se atenta contra sus derechos constitucionales al fijarse la preclusión de la oportunidad para promover pruebas prevista en el fallo, por cuanto se están limitando su derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva mediante un mecanismo distinto al previsto en la Constitución.

En cuanto a las nuevas normas procesales establecidas para las notificaciones, el mismo magistrado observó:

Con preocupación que en el procedimiento establecido se haya consagrado una amplia gama de formas de notificación a los presuntos agraviantes, que además de no estar previstas en el ordenamiento procesal vigente, atenta contraría el principio de seguridad jurídica por cuanto en los casos de notificaciones vía teléfono, fax, correo electrónico “o cualquier medio de notificación interpersonal”, no se ha establecido la forma en que se dejará constancia en el expediente de que la notificación ha cumplido su finalidad, esto es, poner en conocimiento del interesado de la admisión de un amparo interpuesto en su contra.

Por último, el mismo magistrado disidente, en general sobre los poderes otorgados al juez de amparo en la sentencia, estimó que:

Permitir a discreción del juez la alteración de los principios constitucionales en materia procesal desarrollados por la Ley, lejos de proteger a la

Constitución, la convierte en un texto manejable con base en criterios de oportunidad o conveniencia del aplicador judicial, que en definitiva causa inseguridad jurídica en un Estado de derecho, lo que se traduce en su desaparición.

Muy poco hay que agregar, en definitiva, a lo que en su momento advirtió el magistrado disidente de la sentencia de la Sala Constitucional, Héctor Peña Torrelles, pues de la sentencia de la misma lo que resulta es que a partir de la misma, el procedimiento en la acción de amparo dejó de estar solamente regulado en la Ley Orgánica de Amparo, la cual no ha sido derogada ni reformada por la Asamblea Nacional, y pasó a estar regulado además por el texto de una sentencia de la Sala Constitucional, la cual ha reformado la Ley Orgánica sin tener autoridad alguna para ello. La seguridad jurídica, en consecuencia, no fue un valor fundamental para la Sala Constitucional, pues de lo contrario, lo que hubieran hecho es una recomendación a la Asamblea Nacional para la reforma de la Ley Orgánica de Amparo.¹⁸

La pregunta obligada, en todo caso, en relación con esta sentencia y con tantas otras dictadas por la Sala Constitucional, es ¿quién controla al contralor?¹⁹ Un juez constitucional en un sistema democrático, en realidad, no necesita que lo controle nadie, pues es la garantía del Estado de derecho; pero un juez constitucional en un sistema político autoritario de concentración del poder, sin independencia ni autonomía algunas, es un peligro para el Estado democrático de derecho, pues sin control, se convierte en el instrumento de su destrucción. Y lamentablemente eso en lo que ha venido ocurriendo en los últimos años en Venezuela.²⁰

¹⁸ Véanse nuestros comentarios iniciales sobre esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

¹⁹ Véase Brewer-Carías, Allan R., “*Quis Custodiet ipsos Custodes: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Perú*, Arequipa, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, septiembre de 2005, pp. 463-489.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2005, pp. 33-174.

Constitución, la convierte en un texto manejable con base en criterios de oportunidad o conveniencia del aplicador judicial, que en definitiva causa inseguridad jurídica en un Estado de derecho, lo que se traduce en su desaparición.

Muy poco hay que agregar, en definitiva, a lo que en su momento advirtió el magistrado disidente de la sentencia de la Sala Constitucional, Héctor Peña Torrelles, pues de la sentencia de la misma lo que resulta es que a partir de la misma, el procedimiento en la acción de amparo dejó de estar solamente regulado en la Ley Orgánica de Amparo, la cual no ha sido derogada ni reformada por la Asamblea Nacional, y pasó a estar regulado además por el texto de una sentencia de la Sala Constitucional, la cual ha reformado la Ley Orgánica sin tener autoridad alguna para ello. La seguridad jurídica, en consecuencia, no fue un valor fundamental para la Sala Constitucional, pues de lo contrario, lo que hubieran hecho es una recomendación a la Asamblea Nacional para la reforma de la Ley Orgánica de Amparo.¹⁸

La pregunta obligada, en todo caso, en relación con esta sentencia y con tantas otras dictadas por la Sala Constitucional, es ¿quién controla al contralor?¹⁹ Un juez constitucional en un sistema democrático, en realidad, no necesita que lo controle nadie, pues es la garantía del Estado de derecho; pero un juez constitucional en un sistema político autoritario de concentración del poder, sin independencia ni autonomía algunas, es un peligro para el Estado democrático de derecho, pues sin control, se convierte en el instrumento de su destrucción. Y lamentablemente eso en lo que ha venido ocurriendo en los últimos años en Venezuela.²⁰

¹⁸ Véanse nuestros comentarios iniciales sobre esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

¹⁹ Véase Brewer-Carías, Allan R., “*Quis Custodiet ipsos Custodes: de la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, *VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Perú*, Arequipa, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, septiembre de 2005, pp. 463-489.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., “La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004”, *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2005, pp. 33-174.

ACERCA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Jaime CÁRDENAS*

*A don Héctor Fix-Zamudio, maestro de
muchas generaciones*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El comienzo de la discusión*.
III. *La posición de los originalistas*. IV. *La polémica europea:*
Kelsen y Schmitt. V. *Ackerman y Ely*. VI. *Nino*. VII. *Rousseau*
y Troper. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La dificultad contramayoritaria de una interpretación constitucional de principios que son desentrañados o atribuidos por los jueces constitucionales en un marco hermenéutico y contextual, no es un asunto sencillo. El nuevo Estado Constitucional —en oposición al Estado de Derecho— permite una rectificación al concepto de democracia basado en el poder de las mayorías porque en este nuevo Estado, la democracia implica también el respeto a los derechos humanos de todos, incluyendo las minorías. En otras palabras, la democracia no sólo son reglas sobre quién y cómo se decide, también entraña reglas sobre qué se debe y qué no se debe decidir; esto es, los derechos humanos son parte de la democracia. La superación de la falacia electoralista como equivalente a democracia, trae a colación la naturaleza y alcance de los derechos humanos y la expresión de los mismos a través de los principios constitucionales, así como

* Doctor en derecho por la UNAM y la Universidad Complutense; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

la manera en que son argumentados y concebidos por los tribunales. De ahí la pertinencia de las preguntas que a continuación formulo: ¿por qué el juez constitucional, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quiénes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos?

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas como las primeras ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.¹ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de constituciones conformadas preponderantemente por principios² se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas, existe un pesimismo evidente, en otras, se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia en el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión que señala: “si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?”³ Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos como es el caso del Ely,⁴ otras aluden a la soberanía consti-

¹ Águila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

² Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

³ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

⁴ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

tucional,⁵ otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas norteamericanos—, otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,⁶ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,⁷ otras proponen nuevos diseños institucionales en el poder judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,⁸ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.⁹

II. EL COMIENZO DE LA DISCUSIÓN

Los padres fundadores de los Estados Unidos tuvieron ya conciencia de este importante problema. En los primeros años de vida independiente de esa nación, y debido al empobrecimiento de sectores muy amplios de la sociedad norteamericana, las legislaturas locales aprobaron leyes a favor de los deudores que preocuparon a la élite económica norteamericana. Este último sector adujo que el despotismo legislativo de los Estados debía frenarse. Alexander Hamilton denunció la usurpación del poder de la legislatura y señaló la posibilidad de ver a los representantes populares como “dictadores perpetuos”.¹⁰ En el mismo tenor, otros líderes como

⁵ Hamilton, A. *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. También véase la selección de artículos federalistas y antifederalistas en Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución Americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, núm. 128, diciembre de 2002, pp. 4-11.

⁷ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 44-71.

⁸ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss. También véase Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991, pp. 97 y ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

⁹ Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233. También véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001. Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

¹⁰ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., nota 8, p. 25.

Washington argumentaron en contra del poder frenético de las legislaturas. Así, además de utilizarse la teoría de los pesos y contrapesos, argumentarse a favor de la segunda Cámara, demandar la reducción en tamaño de las legislaturas,¹¹ impedir los actos de las facciones en las asambleas legislativas,¹² el poder judicial se usó para contener la influencia de las legislaturas locales. El poder judicial tuvo como finalidad en los albores de la vida independiente norteamericana proteger a las minorías y a los sectores socialmente aventajados de los sectores mayoritarios. Es verdad, que no sólo con el poder Judicial se logró ese sesgo en contra de las mayorías sociales, también se realizó con mecanismos que en alguna medida hoy perduran: el veto del ejecutivo, las elecciones indirectas, distritos electorales extensos, por poner algunos ejemplos.

El tema desde el punto de vista constitucional implicaba, por lo que ve al poder judicial, su justificación democrática. En *El federalista* existen textos que procuran hacer la justificación. Madison, en *El federalista* número 49, menciona que los jueces no tendrían contacto con el pueblo y, que por la forma en que eran nombrados, así como por la naturaleza y destino de su función, su labor equilibraría las posiciones y simpatías de la mayoría.¹³ Hamilton en *El federalista* 78 desarrolla una importante justificación al considerar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de los malos humores de hombres integrantes o de la influencia de coyunturas especiales que se esparcen entre el pueblo.¹⁴ Sin embargo, en donde se consolida la justificación del poder judicial en esta etapa es en la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la que se expresa la doctrina de la supremacía constitucional y el papel de la Constitución como el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. El juez Marshall argumentó:

...hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no

¹¹ Madison, James, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. Véanse sus reflexiones en los *papers* o artículos LV y LVIII, pp. 235-239 y 246-250.

¹² *Ibidem*, X, pp. 35-41.

¹³ *Ibidem*, XLIX, pp. 214-217.

¹⁴ Hamilton, Alexander, *El federalista*, *cit.*, nota 11, LXXVIII, pp. 330-336.

hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraría a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...¹⁵

De esta manera, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución refleja en mayor medida que la ley al pueblo y, los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía.

III. LA POSICIÓN DE LOS ORIGINALISTAS

El originalismo es otra posición norteamericana construida para justificar la neutralidad de los jueces y con ello intentar reducir la crítica que aduce que mediante los poderes de interpretación el juez vulnera al legislador. Casi desde el inicio de los Estados Unidos se sostuvo que el juez y, sobre todo el constitucional, debía observar los márgenes del texto constitucional y las intenciones de quienes redactaron la Constitución. El juez no debía ir más allá porque invadía los poderes del constituyente originario y podría entenderse su interpretación como una reelección de la Constitución y, cada interpretación como una puesta en marcha del proceso constituyente, además de invadir atribuciones del legislativo y del ejecutivo.

Durante casi todo el siglo XX, La Suprema Corte de los Estados Unidos, se ha debatido entre la posición originalista y una interpretativista. Así de 1954 a 1970, el llamado Tribunal o Corte Warren modificó sustancialmente la Constitución, pero no lo hizo apoyándose en el criterio *Lochner* de 1905, sino apelando a principios generales y neutrales derivados del texto constitucional. A partir de la década de los setenta, el llamado Tribunal o Corte Burger resucitó las premisas de *Lochner* en la primera sentencia sobre el aborto *Roe vs. Wade* de 1973. En dicha sentencia se estableció el “right to privacy”, no previsto expresamente en la Cons-

¹⁵ Esta referencia se obtiene de Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, cit., nota 8, pp. 99 y 100.

titución, para fundamentar la libertad de decisión de la mujer acerca de su embarazo y otros derechos de la personalidad.

La doctrina norteamericana ha distinguido entre la Corte Warren y Burger. Sobre la primera se ha dicho que el juez constitucional aunque llevó al límite la interpretación de la norma fundamental lo hizo dentro de la Constitución; en cambio, la Corte Burger sustituyó al legislador en la toma de decisiones sociales sustantivas. Los enemigos de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte adujeron y aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítima.

Con motivo de la nominación de Robert Bork como Justice de la Suprema Corte en el periodo de Ronald Reagan y su rechazo por el Senado, se volvió a plantear la polémica. Para Bork, allí donde los padres fundadores no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser siempre tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tenían sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes que sólo están limitados por la Constitución.¹⁶

En la actualidad, en la Suprema Corte de los Estados Unidos más de un juez constitucional sostiene en general los puntos de vista de Bork. Antonin Scalia, defiende una posición textualista, la que entraña un rechazo a cualquier intento de subjetivismo judicial. Para Scalia, los jueces deben descubrir los significados originales de las leyes y de la Constitución y después aplicar esos significados a los nuevos contextos. El textualismo busca los significados originales en el texto para respetar el pensamiento del constituyente originario. Para Scalia no es aceptable la interpretación de la ley de acuerdo a cualquier subjetivismo, ni tampoco es partidario de que el juez acuda a la filosofía moral o política de su preferencia para resolver los casos. En una obra publicada por el autor y muy conocida, Scalia sostiene: "...words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible...".¹⁷

¹⁶ Bork, Robert, "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Washington University Law Quarterly*, núm. 3, verano de 1979, pp. 695-701.

¹⁷ Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, p. 24.

El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez norteamericano pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los contornos del texto constitucional.

IV. LA POLÉMICA EUROPEA: Kelsen y Schmitt

El debate Kelsen-Schmitt,¹⁸ que ciertamente fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, que se expone —entre otras—, respectivamente en la obra de Schmitt, *La defensa de la Constitución*,¹⁹ y en la de Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,²⁰ no es sólo una polémica surgida a propósito de la aparición de los Tribunales Constitucionales en el periodo de decadencia de la República de Weimar; representa ese debate la definición del papel del intérprete constitucional.

Para Schmitt, como se sabe, en el juego institucional de la Constitución de Weimar figuran dos posibles titulares del poder político: el presidente del Reich y el canciller del Reich; pero mientras el último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es el hombre de confianza de todo el pueblo alemán. El presidente cuenta con legitimidad de todo el pueblo. Schmitt afirma que la Constitución de Weimar dotó al Presidente del Reich de una suma de atribuciones que lo colocan como un auténtico poder neutral, mediador, regulador y tutelar de la Constitución. Schmitt terminó reclamando un dictador con capacidad para distinguir al amigo del enemigo y con poder para adoptar las decisiones en el Estado total.²¹

La posición de Schmitt es clara, existe una desconfianza en su obra, tanto al parlamento como a los Tribunales Constitucionales. En el caso del primero por su incapacidad de representación y su débil legitimidad democrática. En cuanto a los Tribunales Constitucionales, su ilegítimi-

¹⁸ Para adentrarse a este debate se recomienda: Sanz Moreno, José Antonio, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Granada, Comares, 2002.

¹⁹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

²⁰ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, Clásicos del pensamiento 112, 2002.

²¹ Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 19, pp. 213-251. Véase Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 3-27.

dad sería aun más palmaria que los cuerpos legislativos. Schmitt elabora su crítica a partir de los objetivos de todo órgano jurisdiccional, pues toda decisión judicial ocurre post eventum (sobre hechos pasados), además es incidental y accesorio, dado que es aplicable al caso concreto y específico; la decisión judicial es deducida de una norma legal aplicable al caso. Para Schmitt un tribunal de justicia puede ser defensor de la Constitución solamente en un Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios.²² Un tribunal que concentre y monopolice la defensa de la Constitución traería aparejada una judicialización de la justicia y de la política.

El parlamento tampoco representa la legitimidad democrática, no manifiesta la unidad e identidad del pueblo alemán, no es adecuado para defender la homogeneidad social; en realidad es un generador de la necesidad de la defensa de la Constitución que sólo puede hacer de manera legítima el presidente del Reich.²³

Kelsen aduce en favor del control jurisdiccional de la Constitución que nadie puede ser juez de su propia causa, por lo que es esencial que el control constitucional sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo, del gobierno y del Parlamento. Es impropio concebir al parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial es sólo cuantitativa. Kelsen señala que la función de un Tribunal Constitucional como el de Austria no es cualitativamente diferente a la de cualquier otro órgano judicial en lo que concierne a la determinación del contenido de una norma: la diferencia cardinal radica en que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, mientras que el Tribunal Constitucional anula normas y actúa como legislador negativo.²⁴ Sin embargo, Kelsen sostiene que los poderes de interpretación constitucional son muy limitados.²⁵ En esta parte de la argumentación, el jurista vienés reclama un Tribunal Constitucional ceñido, se opone a la interpretación de cláusulas y principios abstractos. Manifiesta que: "...la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología

²² *Ibidem*, pp. 43-124.

²³ Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, cit., nota 21, pp. 41-65.

²⁴ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., nota 20, p. 37.

²⁵ *Ibidem*, p. 33.

y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible...”.²⁶

La posición de Kelsen es hija de una concepción del derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios. Al no presuponer la concepción de principios, era obvio que Kelsen delimitara al intérprete constitucional. La interpretación queda ceñida al texto, el tribunal constitucional si es legítimo pero sus jueces no poseen una amplia discrecionalidad judicial. Si tuvieran esta última perdería justificación su función y, se acercarían peligrosamente a las atribuciones propias del parlamento.

Kelsen criticó duramente a Schmitt, pues no existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional y las funciones políticas y, tampoco existe problema si se piensa que las decisiones acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de leyes inconstitucionales son actos políticos. Los tribunales constitucionales en la noción de Kelsen tienen un carácter político por la naturaleza de política jurídica de cualquier decisión jurisdiccional. El parlamento no es el único órgano creador de derecho y, todo conflicto jurídico es un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica.²⁷

V. ACKERMAN Y ELY

La teoría política norteamericana se ha enfrentado en este tema a distintos problemas: 1) al consistente en darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar las posibilidades de autogobierno de cada generación, esta cuestión tiene antecedentes en Jefferson y Paine²⁸ y 2) al referido en conciliar la regla de las mayorías con el texto constitucional y el papel del poder judicial.

²⁶ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 142 y 143.

²⁷ Viturro, Paula, “El carácter político del control de constitucionalidad”, *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 105.

²⁸ Paine, Thomas, *Derechos del hombre*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 192-219.

1. *Ackerman*

Bruce Ackerman es conciente que en una democracia debe gobernar la mayoría y no una elite como la del poder judicial. No obstante, no todas las decisiones de la mayoría pueden ser igualmente consideradas puesto que éstas pueden equivocarse, las mayorías son falibles. Ackerman enfrenta la cuestión al distinguir que en una democracia existen dos tipos de decisiones. Por un lado, las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos, esto es, las decisiones constitucionales que se expresan en la Constitución, en sus reformas, y otras decisiones de gran trascendencia. Por otro, están las determinaciones que asume la ciudadanía a través del gobierno y el legislativo que son expresadas en leyes. Las decisiones fundamentales no son de todos los días y son tomadas durante momentos excepcionales de la vida nacional. Las decisiones legislativas, en cambio, son ordinarias, y no pueden revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía que han quedado contempladas en la Constitución.²⁹

Ackerman de esta manera a través de su visión dualista parece darle la razón a Hamilton cuando éste sostuvo que la Constitución es la expresión más alta de la soberanía. Sin embargo, agrega que no sólo la Constitución es la expresión más alta de la soberanía sino también los acuerdos constitucionales posteriores, con lo que se separa de los originalistas y textualistas y, al mismo tiempo, rechaza que las generaciones pasadas atenen a las presentes.³⁰

Ackerman no está de acuerdo en darle a las legislaturas toda la autoridad, las mayorías no son, la expresión ni más alta ni la más completa, de la soberanía. Las legislaturas son expresión de las mayorías y de la política cotidiana. Por eso, Ackerman no tiene empacho en justificar la existencia de un órgano judicial que pueda defender la expresión más alta de la soberanía reflejada en la Constitución y en decisiones constitucionales posteriores de los embates de la política cotidiana manifestados en las cambiantes mayorías legislativas. Este autor también va a combatir a los que denomina fundamentalistas, esto es, aquéllos que como Dworkin o Fiss, colocan ciertos derechos humanos como básicos y ajenos al debate

²⁹ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 3-33. Véase del mismo autor, *We the People. Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 3-95.

³⁰ *Ibidem*, pp. 29-33.

y a la deliberación democrática. Para él, los derechos deben ser defendidos porque son expresión de las decisiones constitucionales básicas o de primer nivel.³¹

2. *Ely*

Según la expresión de Ackerman, Ely es un monista que prioriza la democracia mayoritaria sobre los derechos, además de que no distingue entre dos niveles de decisión: uno constitucional y otro ordinario. Podemos resumir la posición de Ely diciendo que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y, que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el parlamento, salvo en el caso que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político. Para Ely, el juez debe andar frente al legislador como árbitro del proceso democrático para determinar si éste se satisfizo en la esfera legislativa y política.³²

Ely, crítica la polémica entre originalistas y no originalistas. A los originalistas porque atan al legislador y al juez a cláusulas constitucionales del constituyente originario de contenidos sumamente abstractos. A los evolucionistas, por pretender limitar las decisiones democráticas a partir de valores que no se expresan en el texto constitucional.

Para Ely, la Constitución sólo protege una forma democrática de gobernar y no una ideología sustantiva.³³ La finalidad de la interpretación constitucional es la protección del proceso democrático en la sociedad y en las instituciones y no la preservación de ideologías o valores. Este autor elabora su teoría a partir de un análisis a la nota a pie de página número cuatro del juez Harlan Fiske Stone en la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.* La nota abunda sobre la presunción de constitucionalidad de la ley y sugiere que está justificado un papel más activo para el juez constitucional cuando la ley restringe la participación política y cuando se afecta a minorías.

³¹ Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, núm. 29, Madrid, 1991, pp. 15-31.

³² Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

³³ *Ibidem*, p. 74.

El juez constitucional de Ely debe seguir la siguiente pauta:

1. Proteger los derechos de participación: libertad de expresión, asociación, veto, aunque no están recogidos expresamente en el texto constitucional.
2. Garantizar el derecho a no ser discriminado, pues existen personas que no pueden participar en el proceso político, éstas son víctimas de prejuicios, y no logran que sus reclamos sean escuchados en el mismo grado que los reclamos de otros sectores sociales.
3. Los prejuicios son de dos tipos: de primer y segundo grado. Los prejuicios de primer grado consisten en el deseo de perjudicar, en el ánimo de que alguien sufra. Los prejuicios de segundo grado, en cambio, consisten en estereotipos inaceptables —generalizaciones no justificadas—.
4. Hay grupos insulares o discretos —marginales— que probablemente recibirán los prejuicios de la mayoría.
5. La base fundamental de interpretación constitucional consiste en distinguir por parte del juez, si la mayoría ha aprobado las leyes en base en prejuicios o en razones aceptables.
6. La ley tiene un mayor nivel de sospecha cuando afecta los derechos de participación política o cuando discrimina sin buenas razones. Fuera de estos supuestos, el juez debe actuar con deferencia al legislador.

VI. NINO

Nino señala para fundamentar la legitimidad democrática del poder judicial que:

...debe evitarse la oscilación entre una actitud de deferencia hacia el poder político, aún autoritario, y un elitismo epistémico que lleva a los jueces, a veces, a sustituir al proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas. La contribución de orientar nuestra práctica constitucional hacia los ideales de una democracia liberal debe hacerse en su papel de triple custodio de las reglas del proceso democrático (entendidas no en sentido meramente formal sino sustantivo), de la autonomía personal, que implica rechazar normas con fundamentos perfeccionistas, y de la continuidad de la propia práctica constitucional. En este rol de triple custodio, los jueces deben ejercer una independencia entendida, no como ais-

lamiento, sino como participación vigorosa en un diálogo interactivo con los poderes políticos.³⁴

La cita anterior le brinda a Nino la ocasión para desarrollar un triple papel del juez constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual, y continuidad de la práctica constitucional.

Controlador del proceso democrático significa que el juez constitucional en sus decisiones debe analizar si se garantizan en la ley objeto de debate constitucional: la existencia de un procedimiento de discusión amplio en la que debieron participar los interesados en relativa igualdad de condiciones, que el debate legal se haya centrado en valores y principios sociales intersubjetivos y no en la mera exposición de intereses crudos, que el debate haya reflejado los intereses e ideologías de los individuos representados, que la ley sea el producto de la regla de la mayoría, etcétera.³⁵ El control constitucional no debe limitarse a las condiciones formales que prescriben las constituciones para la elaboración de las leyes, sino a los elementos de participación política ya mencionados. También el control constitucional puede tener un sentido correctivo para el futuro, es decir, prescribir modificaciones a los procedimientos políticos para maximizar la representación y participación política a fin de acercar estos procesos a condiciones deliberativas. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Nino propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador para señalarle a éste que el proceso político en la elaboración de la ley fue deficiente, y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determinación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En otras palabras, el juez interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas.³⁶

En cuanto a la protección de la autonomía personal, Nino considera al igual que Ely, que los jueces no son los últimos custodios de los derechos individuales, sino que es el propio proceso democrático el que debe ofrecer el escudo de protección final frente a tales derechos. Para Nino

³⁴ Nino, Carlos, *Fundamentos de derechos constitucional*, cit., nota 8, p. 712.

³⁵ *Ibidem*, p. 692.

³⁶ *Ibidem*, p. 697.

hay dos tipos de principios morales posibles: los de índole “intersubjetiva”, que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos diferentes al agente; y los “autorreferentes”, que valoran una acción o actitud por los efectos en la propia vida o carácter del individuo. El principio de autonomía de la persona veda interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana, por lo que no puede ser misión del Estado, imponer a los ciudadanos modelos de virtud personal. Los órganos políticos democráticos son la custodia final del principio de autonomía y, si estos órganos imponen un ideal de excelencia humana vía la regla de las mayorías, el juez debe descalificar la pieza legislativa perfeccionista.³⁷

Para poder descalificar o anular la ley perfeccionista, el juez está obligado a analizar las razones verdaderas que justifiquen esa ley, pues podría haber razones relevantes y justificadas de carácter intersubjetivo y no del tipo autorreferencial. Desde luego que el proceso democrático presupone que los órganos políticos tuvieron cuidado en articular razones intersubjetivas y no autorreferenciales en la aprobación de la ley. No obstante, el juez constitucional debe analizar si las razones son relevantes o no en términos de protección social. Si sólo son razones, por ejemplo, en términos de “vicio” o de “ética cristiana”, el juez tiene un amplio y efectivo papel en defensa de la autonomía de los ciudadanos.

El tercer rol es el de la continuidad de la práctica constitucional, en donde el juez constitucional debe revisar si la actuación de los órganos políticos observan la continuidad constitucional. Para ello, el juez toma en cuenta varias consideraciones: *a)* que el peligro de debilitamiento de la continuidad de la práctica sea realmente serio, aunque no sea inherente a la misma desviación que está evaluando, sino a su conjunción con otras o los efectos causales que previsiblemente tendrá, generalmente de carácter demostrativo; *b)* que se trate de una verdadera desviación de esta continuidad, tomando en cuenta los márgenes laxos que suelen dejar las convenciones interpretativas, y, *c)* que la necesidad de continuidad de la práctica constitucional debe ponerse en balance con la necesidad de su perfeccionamiento según principios justificatorios de moralidad social, respecto de los cuales el proceso democrático tiene prioridad.³⁸

³⁷ *Ibidem*, pp. 697-699.

³⁸ *Ibidem*, p. 702.

En síntesis, Nino opina que el control de constitucionalidad por parte del juez constitucional no está justificado salvo en tres casos: la revisión del procedimiento democrático para ampliarlo y perfeccionarlo, en los términos de Ely; la descalificación de leyes fundadas en razones perfeccionistas; y, el cuidado de una práctica constitucional moralmente aceptable. Nino así, propone el reenvío al legislador como en la Constitución canadiense, con el propósito de estimular el proceso deliberativo democrático y salvaguardar el carácter representativo del parlamento. De esta manera, podría existir una suerte de veto a la ley de la Corte Suprema que podría ser superado por una mayoría calificada del Congreso. En tratándose de reglamentos o decretos, el veto judicial obligaría a que el decreto o reglamento deba ser ratificado por el Congreso. En la llamada inconstitucionalidad por omisión, la Corte podría dirigirse a las comisiones legislativas o parlamentarias requiriéndoles en forma obligatoria que expliquen las razones de falta de legislación para promover o garantizar algún derecho y para que expongan la evolución del tratamiento parlamentario. Al final de cuentas, con estas medidas y otras, el poder judicial interactúa en el proceso democrático.³⁹

VII. ROUSSEAU Y TROPER

Para Dominique Rousseau que sigue a Marcel Gauchet, la democracia ya no tiene el significado y el sentido de regla de la mayoría; se considera que el juez constitucional hace prevalecer la voluntad del pueblo trascendente o perpetuo, el único verdadero soberano, por encima del pueblo actual.⁴⁰

Esta tesis mantiene que:

...Ninguna configuración política es inmutable. Desde su invención —¿en la antigüedad?— la democracia ha adoptado formas diversas y cambiantes. La que domina en nuestros días es la forma representativa: sobre la base del derecho de sufragio universal directo, organizado y canalizado por los partidos políticos, a los elegidos se les atribuye el monopolio de la

³⁹ *Ibidem*, pp. 97-137.

⁴⁰ Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 28-30. Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233.

representación y de la expresión de la voluntad de los ciudadanos. Estos últimos carecen de medios jurídicos para limitar a sus representantes en los periodos comprendidos entre dos elecciones. Pero, a pesar de ser la forma dominante, se reconoce que la democracia representativa ha dejado de producir sus efectos, está acabada, o simplemente está “en crisis”. Quizá, más que estar “en crisis”, de hecho está siendo objeto de una nueva mutación, sobre todo y en buena medida, por la emergencia de la justicia constitucional. En efecto, esta última introduce dos elementos que perturban la lógica representativa clásica: la ley deja de encontrar su sentido en la voluntad de los elegidos y pasa a encontrarla en la Constitución tal y como la interpretan los jueces constitucionales; los ciudadanos ya no quedan desamparados, sino que encuentran en el recurso a los Tribunales Constitucionales el instrumento que les permite controlar, entre dos elecciones, el trabajo legislativo de sus representantes.⁴¹

La democracia continua o perpetua de Rousseau, es una democracia que se distingue de la directa, caracterizada por la distinción entre representantes y representados; y de la puramente representativa que reduce al máximo la comunicación entre representantes y representados. La democracia continua podría definirse —al menos de forma provisional— como una superación de la representación, no tanto porque la suprima, sino porque transforma y amplía el espacio de participación popular a través de la jurisdicción constitucional que permite a los individuos ejercer un trabajo político: el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales.

Señala Dominique Rousseau que la legitimidad democrática del juez constitucional reside en su capacidad para controlar el poder. Cita al filósofo Alain que sostenía: “Un tirano puede ser elegido por sufragio universal y no deja de ser por ello menos tirano. Lo que importa no es el origen de los poderes sino el control continuo y eficaz que los gobernados ejercen sobre los gobernantes”.⁴² El control posee dos características: un aspecto “interno” a la sociedad política, cada una de sus instituciones se controlan, y un aspecto “externo”, los gobernados deben disponer de un derecho de controlar estas instituciones. Esta segunda característica se convierte hoy en día en el elemento central de la exigencia democrática, pues la primera se revela insuficiente en cuanto los individuos mejor in-

⁴¹ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

⁴² *Ibidem*, p. 29.

formados y con mayores conocimientos acceden a la comprensión del juego político y no aceptan ni ser apartados ni expedir un cheque en blanco a sus elegidos. Lo que se pretende, a falta de un poder de decisión, es al menos ejercer una influencia sobre las mismas, un derecho de control que les permita verificar que sus expectativas, preocupaciones, necesidades, no se desvíen por las tendencias de los políticos destinadas a satisfacer prioritariamente sus intereses particulares.

Los tribunales constitucionales son la garantía y salvaguardia de la libertad individual y con carácter más general de los derechos fundamentales y, aunque la subjetividad del juez no puede negarse, la interpretación de los textos no es nunca libre sino que viene determinada por un conjunto de circunstancias entre las que, la crítica pública de la doctrina y las reacciones de la opinión pública juegan un papel importante. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de la democracia.⁴³

La posición de Troper es disolvente. Dice que si nos mantenemos dentro de la concepción clásica de la democracia: un sistema en el cual el poder es ejercitado por medio de normas generales adoptadas por el pueblo o sus representantes, la mayor parte de los sistemas reales no son democracias, puesto que un gran número de normas generales son creadas por jueces, que no son representantes electos. Establece que a partir de lo anterior sólo hay dos posibles alternativas: 1) o se considera que los parlamentos electos son democráticos y se debe llamar a éstos sistemas “regímenes mixtos” puesto que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática; o 2) se considera que los parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas.⁴⁴

La justicia constitucional presupone un concepto de democracia, definido no ya como gobierno del pueblo por el propio pueblo, sino como gobierno de una voluntad general formada en parte bajo la influencia que el pueblo ejerce a través de representantes y por otra de los jueces.⁴⁵ El gobierno de los jueces implica que éstos han usurpado un poder que no

⁴³ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

⁴⁴ Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, *cit.*, nota 40, p. 231.

⁴⁵ Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 328.

es naturalmente suyo en el sistema democrático, porque debería ser de quienes fueron electos por el pueblo. El gobierno de los jueces es una variedad de gobierno aristocrático, en una visión más débil como ya se ha dicho, los jueces pueden ser considerados representantes y, el gobierno de los jueces puede incluso ser llamado democracia si esta palabra no designa el poder de la mayoría, sino el reino de los valores llamados “democráticos”.⁴⁶

En materia de interpretación Troper aduce una posición menos radical. El intérprete es jurídicamente libre de hacer cualquier interpretación, pero esa libertad jurídica, el derecho de hacer esto o aquello, se acompaña de restricciones resultado del contexto en el que se opera y especialmente de la necesidad de justificar de manera coherente las interpretaciones que ofrece.⁴⁷ La interpretación no tiene la pretensión de conocer la voluntad general, la interpretación es un acto de voluntad del intérprete, ceñida por un contexto. La retórica es el arma estratégica del intérprete que se desenvuelve dentro del contexto. Sin embargo, la teoría de la interpretación de Troper no se abre al debate público como en la obra de Rousseau o de Habermas.

La obra de Rousseau o Troper arrumba posiciones como las de Jeremy Waldron⁴⁸ que ve en la decisión por mayoría no sólo el procedimiento eficaz para la toma de decisiones, sino un procedimiento respetuoso, en donde los individuos son tenidos en consideración, al respetar y tomar en serio la realidad de sus diferencias de opinión acerca de la justicia y el bien común y, al tratarlos como iguales en la autorización de la acción política. La democracia a todas luces se ha mutado, y no es ya sólo el sistema basado en la regla de las mayorías. Es un régimen político sujeto a embates graves como la partidocracia y el gobierno de expertos en un mundo globalizado. ¿Cómo conciliar democracia, con derechos humanos y justicia constitucional? Creo que es posible si el ciudadano y la sociedad recobran el primer plano; si los tribunales constitucionales y el juez constitucional, se abren a la sociedad como mecanismos de control de poder, tal como apunta Rousseau; si la democracia participativa, delibe-

⁴⁶ Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 2004, p. 148.

⁴⁷ Bolaños, Bernardo, “Michel Troper y el realismo jurídico francés”, *Ensayos de teoría constitucional*, cit., nota anterior, p. 11.

⁴⁸ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 158 y 160.

rativa y la transparencia plena se imponen, si los procesos de globalización son controlados por los ciudadanos, y si los derechos humanos de libertad y de igualdad son plenamente garantizados. Es obvio que la democracia no es ya una simple democracia de mayorías sino un sistema normativamente sujeto a reglas muy exigentes por lo que respecta a la celosa garantía de los derechos individuales y sociales, que son los que permiten el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su innegociable dignidad. La democracia es justificable si se somete a restricciones constitucionales.⁴⁹

VIII. CONCLUSIONES

La legitimidad en términos de filosofía política es algo más que la aquiescencia a las autoridades y a las normas; implica la corrección de actuación de la autoridad en función del respeto a los derechos fundamentales y al procedimiento democrático. La legitimidad del poder judicial y, en concreto del juez constitucional, no sólo depende de su mecanismo de elección, nombramiento y designación; tiene que ver con el funcionamiento, el ejercicio de la actuación de este poder.

¿Qué poder judicial es legítimo? Podríamos contestar esta pregunta en el sentido de Perelman o de Habermas, con palabras muy parecidas.⁵⁰ El poder judicial es legítimo si se dirige al auditorio universal. ¿Cuándo se dirige al auditorio universal? Desde mi punto de vista cuando a través de sus decisiones promueve los canales de la democracia participativa y deliberativa, es decir, establece las condiciones para generar las bases comunicativas en la sociedad y desarrolla la sociedad abierta y tolerante; cuando es un instrumento de control del poder en el sentido de lo expuesto por Dominique Rousseau y ya reseñado páginas atrás; cuando se coloca en el plano de la defensa de la minorías a fin de darles voz y participación en el debate público; cuando hace posible que las precondicio-

⁴⁹ Garzón Valdés, Ernesto, "Optimismo y pesimismo en la democracia", *Claves de la Razón Práctica*, Madrid, núm. 131, abril de 2003, pp. 24-32.

⁵⁰ Debemos recordar que Perelman tiene como punto central de su teoría la existencia de un auditorio universal, en el que los participantes actúan con libertad y simetría, sujetos al carácter coactivo del mejor argumento. Por su parte, Habermas desarrolla las condiciones de una situación ideal de habla con el propósito de generar situaciones deliberativas, participativas y democráticas. En ambos, la finalidad es la obtención de un consenso social apoyado en la imparcialidad.

nes de la democracia: libertad de expresión, derecho a la información, reunión, manifestación, se expandan e irradien en los ámbitos públicos y privados de la sociedad y en el Estado; cuando realiza con eficacia la tutela judicial, la protección judicial y permite el acceso real a la justicia, sin que los obstáculos procesales o materiales impidan que marginados, minorías o sectores sociales relevantes acudan a las instancias judiciales en demanda de justicia; y, cuando se orienta a la protección de los derechos humanos en el sentido de consolidar una Constitución normativa.

Para que el juez constitucional y el poder judicial se dirijan al auditorio universal es obvio que se precisan de cambios institucionales y de cultura jurídica. La doctrina ha señalado algunos cambios que resalto: 1) vinculación con el legislador democrático y con el ejecutivo; 2) racionalidad y justificación de las decisiones; 3) garantías orgánicas; 4) garantías procesales; y, 5) vinculación con la sociedad.

La vinculación con el legislador democrático y el ejecutivo puede lograrse de variadas formas tal como recogimos en el pensamiento de Nino y de la Constitución canadiense que ya se ha explicado. Por mi parte, propongo un control obligatorio previo de constitucionalidad abstracto, en donde el juez constitucional no se pronuncie por la declaración de inconstitucionalidad de la ley o del reglamento, sino que le señale el legislador y al ejecutivo, las deficiencias constitucionales de las normas y, promueva un debate con esos poderes. Se trataría de ejercer el control constitucional antes de la promulgación de la ley o reglamento, con el propósito de abrir una discusión interinstitucional sobre la constitucionalidad, en donde los sectores sociales interesados puedan acudir como terceros y bajo la figura de *amicus curiae*. La finalidad es obvia; impedir la aprobación de leyes y reglamentos al vapor sin la suficiente deliberación constitucional de temas fundamentales para la sociedad y, por otro lado, no vulnerar de entrada la legitimidad democrática del legislativo y del ejecutivo. Es decir, el juez constitucional sería respetuoso con el legislador y el ejecutivo democráticos, pero si incidiría en la revisión de constitucionalidad de las normas. Sería una forma de crítica interna del derecho, tal como la ha explicado Ferrajoli, antes que las normas entren en vigor⁵¹ y además, se tendría la debida participación social. La medida corregiría las deficiencias deliberativas existentes en el parlamento.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 851-903.

En cuanto a la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, debo decir que para algunos y, coincido con ellos, el termómetro más adecuado para medir la legitimidad democrática del poder judicial y del juez constitucional viene determinada por la calidad justificatoria de las decisiones. La argumentación jurídica debe ser elevada en el poder judicial a un rango nunca antes tenido. La consistencia, coherencia y el uso de argumentos consecuencialistas debe ser revisada escrupulosamente por vía de recurso por los tribunales superiores. En cuanto a los tribunales más altos, la exigencia de motivación jurídica debe quedar sujeta a la crítica de la sociedad y de los especialistas. Teorías como las de MacCormick o Alexy deben dar la pauta metodológica en la revisión argumentativa de las decisiones. El Poder Judicial y el juez constitucional, sin que se entienda como la promoción de un único método de control racional de las decisiones, pueden ensayar una pluralidad de métodos y vías argumentativas que redunden en la fortaleza de las decisiones. Las variadas reglas de coherencia y consistencia de las teorías argumentativas deben ser conocidas y puestas en práctica ampliamente por la clase judicial.

Finalmente, pero no por ello menos importante, la clave está en una nueva relación entre el Poder Judicial y la sociedad. Esa nueva relación puede darse a través de lo siguiente:

1. Modificar los vetustos criterios de la legitimación procesal activa. Abrir la jurisdicción a las acciones colectivas y protección de intereses difusos. También reformular los anquilosados criterios de interés jurídico. La jurisdicción debe estar al servicio de los ciudadanos y no debe ser un medio para denegar justicia. Ello incluye la posibilidad de establecer una acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad en contra de leyes y reglamentos y sin tener que acreditar interés jurídico alguno.
2. La incorporación de sectores marginados o minorías al proceso debe ser una realidad a través de la figura del *amicus curiae*.
3. Deben incorporarse nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, tales como la acción de tutela colombiana.
4. La garantía de la tutela judicial efectiva y la protección judicial debe ser la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial.

5. Se debe promover un cambio en la cultura jurídica en donde el juez no se asuma como un burócrata pasivo sino como un activo defensor de la Constitución y los derechos humanos.
6. El poder judicial y el juez constitucional debe concebirse como un controlador del poder. Ponerse del lado de la sociedad y de los derechos y, no de las instancias de autoridad, ya sean públicas o privadas. La justicia constitucional es el instrumento de control del gobernado fuera de los momentos electorales.
7. Los tribunales de todas las jerarquías deben proteger el sistema de derechos previsto en la Constitución.
8. Debido a su falta de legitimidad democrática directa u originaria, el poder judicial debe ampliar la transparencia, deliberación y participación en sus decisiones, procedimientos, y funcionamiento, más allá de lo que hace cualquier otro poder público u órgano del Estado.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE

Constancio CARRASCO DAZA*

SUMARIO: I. *Derechos humanos de primera generación*. II. *Derechos humanos de segunda generación*. III. *Derechos humanos de tercera generación*. IV. *¿Cuál debe ser la posición de la justicia constitucional ante la universalización de los derechos humanos?* V. *Métodos de interpretación constitucional*.

El siglo pasado fue un periodo lleno de contrastes en lo que se refiere al tema de los derechos fundamentales del hombre y de su tutela jurídica.

La humanidad registró algunos de los periodos más cruentos en la historia universal. La degradación máxima de la sensibilidad humana se puso de manifiesto en las dos grandes guerras mundiales. El hombre descubrió con tristeza que el ejercicio del poder, imbuido por el odio, la discriminación y la intolerancia, puede llevarlo a cometer las peores atrocidades contra sus semejantes.

La humillación y laceración que sufrió el hombre como consecuencia de tales hechos, motivó que en la segunda mitad de la centuria se diera un replanteamiento ideológico de los derechos esenciales del hombre y de los instrumentos jurídicos que resultaban necesarios para su protección.

Así, se suscribieron múltiples pactos o convenios de carácter internacional para la protección de esa clase de derechos. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos son

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

algunos ejemplos de la tendencia que han seguido los derechos humanos hacia su internacionalización.

El panorama mundial adquirió un nuevo matiz, pues muchos Estados, al integrar a su orden jurídico a los pactos internacionales, asumieron los nuevos modelos protectores de esa clase de derechos inherentes al hombre.

Ese proceso de internacionalización no es el único rasgo que refleja la evolución en la percepción jurídica de los derechos humanos.

En las democracias constitucionales se advierten otras direcciones uniformes:

I. Se han incrementado ostensiblemente las implementaciones constitucionales dirigidas a positivizar los derechos fundamentales.

II. Se ha procedido a la especificación de tales derechos, para lo cual, se ha conformado una escala generacional de los derechos humanos estructurada con bases axiológicas.

Esta clasificación ha sido aportada por la doctrina constitucional contemporánea y tiene su origen en la ordenación de los derechos humanos de acuerdo a su aparición en el escenario universal.

I. DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Los derechos que se consignan en este primer estrato tienen su origen en el liberalismo político del siglo XVIII, principalmente, como resultado de la revolución francesa. En ella, quedan comprendidos los derechos individuales clásicos así como los civiles y los de naturaleza política. Uno de los aspectos que caracteriza a esta clasificación es la esencialidad que tienen para la persona humana (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, derecho de igualdad ante la ley, al debido proceso y al recurso efectivo, derechos de conciencia, libertades de pensamiento, expresión y religión, derecho de propiedad, libertades de circulación, reunión y asociación, inviolabilidad de la vida privada, familia, domicilio, correspondencia, derecho a la nacionalidad, a participar en asuntos públicos y a votar y a ser elegido en elecciones periódicas).

II. DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Se encuentran en este rubro los derechos económicos, sociales y culturales del hombre. Esta clase de derechos implican una obligación en sen-

tido positivo por parte del Estado, que debe actuar como promotor y protector del bienestar de todos los gobernados.

III. DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

Se denominan también de solidaridad y abarcan incluso intereses difusos, que tienen inspiración en principios generales o universales cuyo respeto reclama la humanidad. Dado su carácter abstracto, no han sido recogidos en forma específica por el derecho constitucional. Los derechos de este tipo son: la paz, la libre autodeterminación, el derecho al desarrollo, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como al derecho de beneficiarse del patrimonio de la humanidad.

Por virtud de la evolución que han seguido los derechos humanos hacia su objetivación normativa, los procesos de integración internacional y los fenómenos globalizadores han logrado incidir positivamente en el ámbito interno de los Estados, los cuales, en muchos casos, han ido abandonando el arraigo extremo que durante años tuvieron a su soberanía y han adoptado esos nuevos modelos de protección, lo que les ha permitido armonizar su régimen interno con las ideologías que se desarrollan en otros países.

IV. ¿CUÁL DEBE SER LA POSICIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

La expansión y fortalecimiento de la justicia constitucional ha cobrado gran auge en la mayoría de los países de Europa. Los procesos de democratización que han alcanzado por su parte, algunos países de América Latina se han dirigido a la institucionalización de formas de justicia constitucional.

¿Pero cuál debe ser el proceder de los jueces constitucionales ante la nueva postura mundial dirigida a resguardar los derechos humanos?

Para resolver esa interrogante es conveniente distinguir primero, qué debe entenderse por juez constitucional.

¿Cuáles son los rasgos distintivos que tienen los jueces constitucionales? ¿qué funciones específicas realizan? y ¿por qué ocupan un lugar preponderante en la vida jurisdiccional, social y política de un Estado?

Los jueces constitucionales desarrollan sus funciones desde un plano hegemónico sobre los demás órganos del Estado que intervienen en las controversias de su conocimiento.

El reclamo de inconstitucionalidad que efectúan los gobernados, generalmente, se dirige contra actos de entes que tienen potestad de imperio, aun cuando las nuevas tendencias jurídicas han extendido dicho alcance a otros actos que inciden en el ámbito personal de los individuos.

Lo anterior obedece a un fenómeno recurrente de expansión de la justicia constitucional. Se ha dejado atrás la idea de que únicamente las autoridades formal y materialmente erigidas, pueden emitir actos unilaterales que afecten la esfera jurídica de los gobernados, concibiéndose ahora, que existen otra clase de entes, que en el desarrollo de su actividad funcional, crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que trascienden al espectro jurídico de las personas.

Esta ampliación al potencial jurisdiccional de los jueces constitucionales denota el nuevo papel que les corresponde en la vida de los Estados democráticos modernos.

Es importante destacar que la función del juez constitucional encierra también una relación política, dado que en los asuntos que ventilan, están en juego intereses de los demás poderes federales o locales. En ese entorno, el objetivo fundamental que persiguen los sistemas de control constitucional es siempre la protección y mantenimiento del orden constitucional, dirimiendo en muchas ocasiones conflictos competenciales entre esa clase de autoridades.

El juez constitucional, en ese contexto, se constituye como órgano tutelar del orden creado por la ley fundamental. Esta misión se extiende en algunos casos a actos materiales de investigación ante violaciones graves a las garantías individuales o al voto público. Esta peculiar función revela que la confianza depositada a esta clase de órganos rebasa el ámbito meramente jurisdiccional y se les reconoce incluso legitimidad para intervenir en la indagación de hechos graves imputados a órganos o funcionarios del Estado, que han estremecido a la sociedad.

También se les otorga la posibilidad de resolver cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por minorías legislativas inconformes contra disposiciones generales adoptadas por los poderes que ellas integran.

Finalmente, en el ámbito electoral, los jueces constitucionales también tienen encomiendas fundamentales, pues les está asignada la resolución de impugnaciones de resultados de elecciones federales de diputados y

senadores, del presidente de los Estados Unidos Mexicanos, actos definitivos de autoridades electorales, y como un aspecto relevante, la defensa de los derechos político electorales del ciudadano, potestad esta última, que se extiende al proceder de entes y órganos al interior de los partidos políticos.

De ese modo, es clara la versatilidad de asuntos que competen a esta clase de juzgadores y la suma importancia de las funciones que les corresponden.

Se ha calificado a los jueces constitucionales como verdaderos “*legisladores negativos*” en razón de que cuentan con el atributo de anular o nulificar una disposición jurídica que contravenga la carta fundamental y consecuentemente, de desincorporarla del espectro jurídico estatal.

El juez constitucional, es entonces, un operador jurídico privilegiado con la potestad de interpretar disposiciones de carácter supremo, lo que le da una condición al menos equiparable al creador de las normas jurídicas.

Es importante señalar que la tarea del juez constitucional no implica únicamente la posibilidad de dotar de racionalidad al sistema jurídico y de favorecer su íntima coherencia; en algunos casos, su potestad interpretativa se traduce en una verdadera orientación jurídica para casos subsecuentes mediante el ejercicio dinámico de la jurisprudencia.

El juez constitucional, además de ser un genuino guardián de la Constitución, tiene el deber de ser un “equilibrador institucional” entre los poderes del Estado (característica que se evidencia más claramente en los sistemas federales), ante la frecuentes controversias competenciales entre los diferentes niveles de gobierno, las que generalmente le son encomendadas a esa clase de jueces.

Cuando realizan esta clase de funciones, los jueces *refuerzan su posición sistémica de defensores de la Constitución desempeñando su papel arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de la separación de los poderes, entendida ya sea en su proyección horizontal como en la vertical.***

Pero no debe olvidarse que el juicio que se realiza para definir problemas de constitucionalidad debe también cumplir con la finalidad de garantizar la vigencia del Estado democrático de derecho.

** Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2006, p. 89.

Acorde con el alto valor que tienen las tareas atribuidas a los jueces constitucionales, éstos deben operar un ejercicio dinámico de interpretación de las normas, a fin de constituirse verdaderamente como garantes de la unidad sustancial del ordenamiento constitucional.

Si la propia Constitución, como documento normativo supremo opta por asumir un sistema de control concentrado de la constitucionalidad y lo deposita en diversos órganos que componen el Poder Judicial de la Federación; es incuestionable que dicho Poder adquiere una categoría equiparable al legislativo, pues es capaz de privar a una norma del ámbito jurídico de un determinado sujeto de derecho, ordenando que ésta no le sea aplicada.

Lo anterior, dota a los jueces constitucionales de una posición privilegiada, en relación con los jueces ordinarios, cuya jurisdicción se encuentra circunscrita al ámbito de la legalidad.

Entre los más altos valores que debe preservar un juez constitucional están los siguientes: Supremacía normativa de la Constitución, principio de legalidad, reserva de ley y separación de poderes.

No obstante, los nuevos estándares internacionales no pueden ceñirse únicamente a los tópicos antes enunciados pues ello podría traer como consecuencia el abandono de otra misión esencial de dichos jueces, que también es de suma importancia, como es el aseguramiento en la protección de los derechos fundamentales.

V. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Ahora bien, a efecto de estar en posibilidad de establecer cuál debe ser el proceder técnico-jurídico de un juez constitucional, al resolver los conflictos que se le presentan, es menester primero, analizar cuáles son los sistemas de interpretación tradicionales:

Interpretación gramatical. En este modo de interpretación se otorga a las palabras de la norma, el mismo significado que tienen en el lenguaje común, salvo en el caso de que los conceptos sean técnicos. En este último supuesto, debe interpretarse de acuerdo con la acepción técnico jurídica del vocablo, sin desatender que la norma debe ser interpretada en el conjunto de otras normas constitucionales.

Interpretación histórica. Muchas veces no resulta suficiente adoptar la sola interpretación gramatical, pues deben considerarse factores de diver-

sa índole que cambian su significado, como pueden ser, entre otros, los acontecimientos relevantes en la vida del país, o bien, debates, confrontaciones y movimientos político sociales que incidieron en el establecimiento de determinada norma constitucional.

Interpretación política. Parte de la idea de que los problemas constitucionales son problemas de poder, es decir, políticos. El intérprete no puede desconocerlos, sin embargo, el ejercicio interpretativo que realice en este sentido, debe ser extremadamente cuidadoso, pues esta interpretación representa aristas muy sutiles, por lo que su aplicación nunca puede realizarse de manera tal que se viole la Constitución.

Interpretación bajo el principio de la supremacía constitucional. Bajo este método se parte del supuesto de que, la Constitución es un documento de naturaleza superior. Todo el régimen normativo es derivado y secundario. En esta tesitura, resultan inoperantes algunos principios que generalmente tienen aplicabilidad para resolver conflictos de normas, como el que consiste en que la norma posterior deroga a la anterior. En estos casos, aun cuando surgiera una norma secundaria que se opusiera frontalmente a la Constitución, prevalecería esta última en razón de su jerarquía.

Interpretación de la Constitución como norma fundamental. En esta óptica, toda interpretación debe partir de la idea de que la Constitución es la base de todo el sistema normativo. Su fundamentalidad deviene de ser el ordenamiento jurídico que prevé la existencia de los poderes, órganos y autoridades federales o locales, les señala facultades, atribuciones, prohibiciones, y limitaciones.

Interpretación bajo el principio de unidad de la Constitución. Se entiende así, al postulado que consiste en que una disposición constitucional no puede ser considerada en forma aislada ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma. Debe partirse siempre de la base de que los preceptos constitucionales se encuentran en conexión de sentido con los restantes. La idea unitaria parte de la base de que la Constitución no es un conglomerado de normas jurídicas yuxtapuestas en forma arbitraria, sino que está sostenida por una concepción ideológica que la sustenta.

Interpretación bajo el principio de armonización. Las normas constitucionales que parecen estar en una relación de tensión o incluso oposición, deben ser puestas en concordancia unas con otras. El acto interpretativo en este caso, busca un efecto equilibrador o sistematizador.

Interpretación de la existencia de derechos humanos y sus limitantes.

En esta forma de interpretación se considera que si está en duda la existencia de un derecho individual debe efectuarse la interpretación en el sentido que la garantice. Los derechos individuales deben interpretarse de manera amplia, de tal forma que, lejos de intentar limitarlos, restringirlos o anularlos se cumplan en los términos en que están consignados y, de ser posible, sean ampliados a favor de los habitantes del país.

En particular, pretendo detenerme en esta última interpretación, para lo cual, es menester explicar primero las razones por las que desde un punto de vista jurídico, en el Estado mexicano es dable considerar la posibilidad de integrar al marco normativo vinculante las normas que emanan del derecho internacional.

Para ello, conviene resaltar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión pública de 13 de febrero de 2007, resolvió entre otros, el juicio de amparo en revisión 120/2002, promovido por McCain de México, S. A. de C. V. y estableció entre otros, los siguientes criterios:

“LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL” y “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.

Al establecer tales criterios, el alto tribunal de nuestro país determinó que el artículo 133 de la Constitución federal fija un conjunto de disposiciones normativas que constituyen la Ley Suprema de la Unión, las cuales componen un bloque normativo que se encuentra en la cúspide o cima del régimen jurídico nacional.

Se especificó que el grupo de leyes que quedaban comprendidas en ese conjunto normativo supremo no se constreñía a algún ámbito de gobierno en particular; es decir, federal o local, sino que más bien, por su alcance, podía incidir en todos los órdenes jurídicos que integran el Estado mexicano (federal, local y municipal).

Se partió de la base de que las leyes generales no son ni pueden ser emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que éste debe actuar con motivo de una disposición o “cláusula” con sede constitucional que le obligue a dictarla, pero que una vez promulgadas y publicadas

deben ser aplicadas por todas las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

Ese orden jurídico superior, denominado “Ley Suprema de la Unión” parte del reconocimiento de que debajo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ubican los tratados internacionales y las leyes generales.

Ahora bien, la justificación de que los tratados internacionales se consideren ubicados dentro de la Ley Suprema de la Unión radica básicamente en la idea de que el Estado mexicano (en su conjunto), al suscribir tales compromisos, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno, por implicar responsabilidad de carácter internacional.

De ese modo, las tesis citadas con antelación resultan útiles, porque definen la interpretación y alcance del artículo 133 de la Constitución general de la república, en cuanto a la incorporación del derecho internacional proveniente de los pactos en el derecho internacional.

Por todo lo explicado con anterioridad es dable considerar que en la actualidad los derechos fundamentales del hombre que se inscriben en los tratados internacionales asumidos por el Estado mexicano deben entenderse insertos en la Constitución.

Debe también reconocerse que los derechos fundamentales no pueden encontrar su límite en el contenido del ordenamiento constitucional.

Desde mi perspectiva personal, estimo que la introducción de principios en la acción interpretativa es una herramienta útil que debe ser ejercida por el juez constitucional.

El desarrollo de los principios en las resoluciones jurisdiccionales es indudablemente un elemento favorable en la protección de los derechos fundamentales, pues parte del reconocimiento de que estos últimos, en muchas ocasiones, no responden a la fórmula básica tradicional, constituida por el binomio *supuesto fáctico y consecuencia legal*.

Valores tan importantes como el derecho a la libertad, la dignidad, la honra, entre otros, son muchas veces inaprensibles en las estructuras normativas convencionales, y por ello, es menester que los juzgadores constitucionales no se ciñan estrictamente a los modelos jurídicos previamente elaborados, pues ello podría resultar insuficiente para la salvaguarda de los derechos fundamentales del hombre.

Por ello, será importante que en su ejercicio jurisdiccional cotidiano, implementen las nuevas orientaciones del constitucionalismo moderno

(neoconstitucionalismo), pues de ese modo, podrán permear adecuadamente a la sociedad, todos los valores que se desprenden de dichos criterios, lo que sin duda alguna, se traducirá en la asunción de una mejor impartición de la justicia constitucional, regida bajo las directrices del derecho internacional que tanto exige el mundo actual.

El juez constitucional debe ser reconocido como un verdadero unificador de la comunidad social y un protagonista fundamental en la consolidación de los Estados democráticos de derecho.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL. LOS RIESGOS
DE SU VOCACIÓN EXPANSIVA Y ALGUNOS
POSIBLES LÍMITES A SU ACCIONAR

Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

*A Héctor Fix-Zamudio, maestro y ejemplo
a seguir por todos quienes apuestan por la
plena vigencia del Estado constitucional*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *La comprensión de la materia hasta incluso luego de la dación del Código Procesal Constitucional.* III. *Los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, el planteamiento de sus relaciones con la judicatura ordinaria y sus eventuales riesgos.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más delicados para el desarrollo de la jurisdicción constitucional (o justicia constitucional, como la llama el maestro don Héctor Fix-Zamudio)¹ es el cómo se plantean las relaciones entre la judicatura ordinaria y los jueces constitucionales. En esta materia, la cual sin duda tiene una gran complejidad, un aspecto de innegable relevancia es el de cómo se aborda la posibilidad de revisar resoluciones judiciales mediante procesos constitucionales.

Como es de conocimiento general, en el derecho comparado existen diversas posturas al respecto. De antemano señalo muy respetuosamente

* Catedrático de pre y posgrado en las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de Piura.

¹ Véase, entre otros muchos y muy buenos trabajos, Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución y de justicia constitucional*, México, UNAM, 1968.

mis discrepancias con las razones mediante las cuales se busca sustentar la denominada tesis negativa,² las cuales en puridad no parecieran corresponder con la lógica propia del Estado constitucional y los principios que le inspiran. Y es que los jueces y juezas ordinarias, como bien puede suceder con todos(as) quienes emiten actos de autoridad, pueden amenazar o incluso vulnerar derechos fundamentales, y ante ello, las y los jueces constitucionales no pueden guardar silencio.

Ahora bien, la pregunta que a continuación cabe formularse es la de hasta dónde puede llegar esa capacidad de revisión en un contexto donde la limitación del poder y la búsqueda de seguridad jurídica, junto a lo que ambos temas involucran, son también elementos esenciales en la configuración del Estado constitucional y la consecución de su fines. Dicho con otras palabras, se hace entonces necesario interrogarse sobre cuándo la necesariamente activista actitud de un juez constitucional deviene en lo que el destacado procesalista argentino Augusto Mario Morello denominó “hiperactivismo”, el cual, con su intención de posesionar al juez(a) constitucional, puede más bien generar aquella inestabilidad jurídica, política o social que justamente debiera buscar evitar.

La experiencia peruana reciente es un buen ejemplo de las ventajas y riesgos que pueden promover las diferentes posturas y tendencias seguidas al respecto; y, precisamente por lo mismo, poner nuevamente en un primer plano del debate el siempre delicado tema de si pueden o no establecerse (o por lo menos, invocarse con suficiente sustento) límites al accionar del juez constitucional, muy significativa preocupación a la cual aquí siquiera dedicaremos unas líneas. Con todo este contexto, que al menos sintéticamente he intentado reseñar, pasaré pues a explicitar algunas reflexiones sobre el particular que sinceramente espero resulten de cierta utilidad.

II. LA COMPRENSIÓN DE LA MATERIA HASTA INCLUSO LUEGO DE LA DACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La eventualidad de que los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones pudiesen amenazar y/o vulnerar derechos fundamentales fue pronto asumida como una situación factible para quienes elaboraron la hasta

² La tesis negativa propone la inviabilidad de un proceso de amparo contra resoluciones judiciales alegando sostenerse en los principios de seguridad jurídica y jerarquía.

hace relativamente poco tiempo vigente Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la Ley 23506. De allí se comprende lo previsto en los artículos cinco y seis inciso segundo de dicha norma, donde se plantea cómo evaluar el comportamiento de un(a) juez(a) frente al ejercicio de los diferentes derechos fundamentales fuera de un proceso judicial como en las acciones y omisiones en las cuales pudiera incurrir dentro de uno de ellos.

Sin embargo, la determinación de los alcances de estos preceptos al menos inicialmente no resultó muy clara para muchos litigantes y jueces, sobre todo cuando en el segundo inciso del artículo seis de la ya citada ley se establecía la improcedencia de todas las demandas de *hábeas corpus* y amparo interpuestas contra resoluciones emanadas de proceso o procedimiento regular. Algunos quisieron ver en esta norma la adopción de la denominada tesis negativa, denegatoria de la posibilidad de cuestionar jurisdiccionalmente después, va paulatinamente determinándose que un proceso es regular cuando respeta el debido proceso o la tutela judicial efectiva, adscribiéndose así en lo que dogmáticamente se conoce como tesis admisorio moderada.³

A esta postura, asumida básicamente desde fines de la década de los ochenta, se llega progresivamente, para luego, durante los noventa y a fines de este siglo, ir profundizando en algunos detalles. Se distinguirá así entre anomalías, las cuales deberían enmendarse dentro del mismo proceso, y situaciones de indefensión, pasibles de ser revisadas por *hábeas corpus* o por amparo.⁴ Se administrarán y declararán fundadas demandas de amparo y *hábeas corpus* no solamente ante la amenaza cierta e inminente o la violación de la dimensión procesal del debido proceso, sino también cuando cualquiera de esos dos supuestos (amenaza o violación) han afectado la dimensión sustantiva de ese mismo derecho.⁵ Finalmente, y muy a despecho de las prohibiciones existentes en otros ordenamientos jurídicos al respecto, y gracias a casos como “Sindicato Pesquero” o

³ Postura por la cual se admite la revisión de resoluciones judiciales por la violación de derechos como el debido proceso (en sus dos dimensiones) o la tutela judicial efectiva.

⁴ Explicaciones más detalladas sobre nuestra posición al respecto se encuentran en *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Lima, Ara Editores, 2003, pp. 152 y ss.; así como en “Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas”, en Espinosa-Saldaña, Eloy (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 108 y ss.

⁵ Múltiples *hábeas corpus* y/o amparos contra resoluciones judiciales aduciéndose la violación del debido proceso sustantivo se han dado luego de lo resuelto en el expediente 662-2000-HC/TC, conocido como el caso “José Antonio Sandoval”.

“Ministerio de Pesquería” se habilitare la posibilidad de interponer demandas de amparo contra amparo, bajo las siguientes reglas:

1. Cuando la violación al debido proceso resulte manifiesta y esté probada de modo fehaciente por el actor;
2. Cuando se hayan agotado todos los recursos al interior del proceso que se cuestiona y aquellos hayan resultado insuficientes para el propósito corrector;
3. Cuando lo solicitado no se encuentre relacionado con lo debido sobre el fondo, puesto que con el segundo amparo sólo se puede poner en tela de juicio cuestiones estrictamente formales;
4. Cuando el nuevo proceso de amparo no intenta revisar una sentencia definitiva estimatoria, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada; y
5. Cuando se trata de resoluciones emitidas por el Poder Judicial, mas no de aquellas emanadas del Tribunal Constitucional.

Rápidamente puede apreciarse que, aun cuando dentro de los parámetros de la tesis admisorio moderada, se contaba con un escenario bastante grande para canalizar la revisión de resoluciones de la judicatura ordinaria (resoluciones que no tenían que ser sentencias o resoluciones que hubiesen quedado firmes) por los jueces constitucionales en el Perú, ya sea mediante amparo o eventualmente a través del *hábeas corpus* si con las vulneraciones al debido proceso en sede judicial se estaba también afectando a la libertad personal. De hecho, y por lo menos hasta antes de la dación del Código Procesal Constitucional, en un escenario bastante abierto para la procedencia de *hábeas corpus* y amparos,⁶ alrededor del setenta por ciento de estos procesos eran iniciados por justiciables contra resoluciones judiciales que asumían como violatorias de sus derechos.

Es por ello que, cuando se dicta el Código Procesal Constitucional, y ante un fenómeno de “ordinarización” de ciertos procesos constitucionales

⁶ En el Perú era posible interponer demandas de amparo contra actos u omisiones, sin importar si provienen de instancias estatales o por el quehacer de algunos particulares. Además, podía iniciarse ante la violación o amenaza cierta e inminente de vulneración de cualquier derecho fundamental (incluso de los que se sustentan en base a la denominada cláusula de derechos implícitos) ocasionada por leyes y diversas actuaciones estatales, incluyéndose entre ellas a las resoluciones judiciales, todo ello en una lógica de amparo alternativo y no, tal como se puede predicar hoy, en una dinámica de residualidad y subsidiariedad.

(y entre ellos, principalmente el caso del amparo),⁷ una de las principales apuestas de sus promotores fue la de conducir a medios procesales como el amparo a su carácter excepcional, subsidiario o residual, y por ende despojarle del perfil mas bien alternativo o incluso de primera opción a seguir que había adquirido en el escenario peruano, destacando entre los mismos el de convertir a ciertos procesos constitucionales, por el uso excesivo de estos, en mecanismos mediante los cuales podría ejercerse una hasta cierto punto desmedida presión sobre la judicatura ordinaria y una desproporcionada afectación de la inmutabilidad de la cosa juzgada.

En ese contexto intencionalmente se introdujeron importantes modificaciones en el tratamiento de los amparos contra resoluciones judiciales en general, y de los amparos contra amparos en particular. Ello explica como en el artículo cuatro de la Ley 28237 o Código Procesal Constitucional se establece que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, declarándose la improcedencia de las demandas en las cuales el (la) agraviado(a) dejó consentir la resolución que dice afectarlo; y a renglón seguido, sostiene que el *hábeas corpus* procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad personal y la tutela procesal efectiva.

Pero allí no quedaban las cosas, pues en el sexto inciso del artículo cinco del Código Procesal Constitucional se decía que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o exista litispendencia.

La lectura literal de estas disposiciones demuestra, en su preocupación por racionalizar el ejercicio de los procesos constitucionales y la relación entre la judicatura ordinaria y los jueces(zas) constitucionales, una intención de admitir el amparo o el *hábeas corpus* contra resoluciones judiciales únicamente cuando el debate o controversia existente ya no tiene como ser resuelto dentro de los procesos ordinarios o ante la judicatura ordinaria, denegando en principio la posibilidad de interponer amparos contra amparos o eventualmente *hábeas corpus* contra *hábeas corpus*. Todo ello sin abandonar una postura admisorio moderada, pero reduciendo aun más el escenario dentro del cual puede desenvolverse.

⁷ Tema que explicamos en nuestro trabajo: “La consagración del amparo residual en el Perú. Sus alcances y repercusiones”, en Espinosa-Saldaña, Eloy (coord.), *Derechos fundamentales...*, cit., nota 4, pp. 149 y ss.

Lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional parecería impulsar nuevos derroteros para el desenvolvimiento de los amparos y *habeas corpus* contra resoluciones judiciales, y con ello, introducir interesantes matices en las habitualmente complejas relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú. Sin embargo, curiosamente las cosas fueron por otro camino: Y es que luego de dictar algunas sentencias fundamentalmente destinadas a restringir el flujo de demandas de amparo⁸ y cumplimiento⁹ hacia su despacho, el Tribunal Constitucional peruano procede más bien a implantar una lógica distinta para abordar el tema de la procedencia de las demandas (básica mas no únicamente de amparo) contra resoluciones judiciales,¹⁰ singular comprensión de las cosas sobre la cual pasaré de inmediato a dirigir mi comentario.

III. LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, EL PLANTEAMIENTO DE SUS RELACIONES CON LA JUDICATURA ORDINARIA Y SUS EVENTUALES RIESGOS

Una siquiera rápida revisión de algunos últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano demuestran como en varios de ellos se va a buscar variar los términos de la relación entre la judicatura ordinaria y los jueces constitucionales del Perú y ya no solamente mediante el de los procesos de amparo. Estoy aquí haciendo referencia a los casos “Apolonia Ccollcca” (recogido en el expediente 3179-2004-AA/TC), el proceso competencial entre el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y el Poder Judicial (006-2006-PC/TC) y el caso “Dirección Regional de Pesquería de la Libertad” (expediente 4853-2004-PA/TC), los que de inmediato paso siquiera a reseñar, para luego efectuar puntuales comentarios al respecto.

⁸ En este tenor se encuentra lo resuelto en casos como el “Manuel Anicama Hernández” (expediente 1417-2005-AA/TC) o el “César Antonio Baylón Flores” (expediente 0206-2005-PA/TC).

⁹ A ello apunta lo resuelto en el caso “Maximiliano Villanueva Valverde” (expediente 0168-2005-PC/TC), complementado por lo señalado en el caso “Pablo Miguel Fabián Martínez y otros” (expediente 2002-2006-PC/TC).

¹⁰ Es más, en algún caso en particular, el recogido en el expediente 2909-2004-HC, el Tribunal Constitucional peruano reconoce que si bien la redacción del Código Procesal Constitucional peruano parece ser terminante en señalar que solamente procederían aquellas demandas de *habeas corpus* y/o amparo que, entre otros aspectos, se interpongan contra resoluciones judiciales firmes, recomienda tomar en cuenta otros criterios que de alguna forma puedan matizar estas consideraciones.

1. *El caso Apolonia Ccollcca*

En el primero de los tres procesos a los cuales acabo de hacer mención, el Tribunal Constitucional peruano abandona la tesis denominada “admisoria moderada” y adopta la llamada “tesis admisoria amplia”, frente a los amparos contra resoluciones judiciales. Para ello, en el fundamento catorce de su pronunciamiento ante el caso “Apolonia Ccollcca”, dejará de lado lo que había sido su posición hasta el momento, anotando que el concepto “proceso irregular” se va a presentar cada vez que en un proceso se vulnere cualquier derecho fundamental, y no solamente el debido proceso, la tutela judicial efectiva, o, a modo de síntesis, la tutela procesal efectiva.

Se alega como sustento para ese cambio de perspectiva un respeto a la eficacia vertical de los derechos fundamentales (en este sentido el fundamento diecisiete de la sentencia en comentario). Ahora bien, y buscando así revertir la crítica que habitualmente se hace a las posturas admisorias amplias, vinculada al riesgo de convertir al amparo en un nuevo espacio de debate de cualquier resolución judicial, el Tribunal Constitucional peruano anotará que la revisión de las diferentes resoluciones judiciales solamente será posible luego de la realización de tres exámenes, que son a saber el de la razonabilidad, el de coherencia y el de suficiencia.

Según lo descrito por el alto tribunal, mediante el examen de razonabilidad, el o la jueza constitucional deberá evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución emitida por los integrantes del Poder Judicial vulnera el derecho fundamental invocado. Por otro lado, a través del examen de coherencia las juezas o jueces constitucionales deberán precisar si el acto lesivo alegado en el caso concreto puesto en su conocimiento se encuentra directamente vinculado con el proceso o decisión judicial impugnada, pues sin ello no se justificaría la revisión de lo resuelto por los jueces y juezas constitucionales. Y, finalmente, mediante el examen de suficiencia, el juez constitucional determinará la intensidad del control que será necesario para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

Revisando lo que implican estos tres exámenes, y sobre todo el de suficiencia, bien puede apreciarse que la determinación de sus alcances tiene el riesgo de depender en mucho de la subjetividad de quienes sean jueces constitucionales, pues ellos o ellas son finalmente los que especi-

ficarán en cuáles casos se materializaría la revisión de lo resuelto por la judicatura ordinaria, tarea que harían en base a parámetros cuya objetividad puede ser puesta en entredicho con relativa facilidad. La posibilidad de justificar la revisión de cualquier resolución judicial firme se abra así con una hasta cierto punto preocupante discrecionalidad, y el riesgo de que el justiciable pueda querer convertir al amparo en un nuevo espacio de lo ya discutido por la judicatura ordinaria desafortunadamente se hace más explícito que nunca.

2. El proceso competencial entre el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y Poder Judicial

Ahora bien, el derrotero esbozado en “Ccolcca” estaba lejos de haber concluido. Es más, esta línea de actuación pasará a materializarse a través de medios y situaciones realmente impensables solo unos meses antes. En este sentido, resulta muy importante tener en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en la causa recogida en el expediente 006-2006-PC/TC.

Y es que ante la existencia de una serie de resoluciones judiciales mediante las cuales se permitía el funcionamiento de algunos casinos sin contar para ello con la autorización del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, dicho ministerio inició un proceso competencial contra el Poder Judicial, asumiendo que la judicatura ordinaria estaba invadiendo las competencias que el ministerio antes mencionado había establecido como suyas mediante un decreto supremo.

Siendo ésta la alegación formulada, la cual en rigor es discutible considerar pueda originar un conflicto competencial, el Tribunal Constitucional peruano se centra mas bien en buscar asegurar el respeto de sus precedentes ante el Poder Judicial. Para justificar esta postura, el alto Tribunal señalará que el Poder Judicial debería acatar sus decisiones en mérito a que existiría una relación jerárquica entre ambas instituciones, relación por la cual el Poder Judicial tendría un rol subordinado al Tribunal Constitucional. Revisando las prescripciones normativas recogidas en el ordenamiento jurídico peruano, rápidamente podría decirse que dicho razonamiento carece de sustento constitucional, confundándose en puridad jerarquía con competencia.

Pero como si con lo expuesto no fuese suficiente, el Tribunal Constitucional peruano a continuación, invocando el respeto a la cosa juzgada

constitucional, procedió a declarar nulas una serie de sentencias emitidas por el Poder Judicial, señalando básicamente lo siguiente:

- Que dichas sentencias del Poder Judicial habrían desconocido lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional.
- Que con la emisión de dichas sentencias no se habría respetado lo entonces señalado en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma según la cual las resoluciones en la que se recogen ejercicios del Control Difuso, aun cuando no sean impugnadas, son llevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.
- Que, y como consecuencia de lo descrito líneas arriba, en estos casos no habría realmente cosa juzgada, necesitándose para ello, por lo menos en el entendimiento del Tribunal Constitucional, imponer la cosa juzgada constitucional.

Ante lo recientemente formulado, no conviene olvidar que la cosa juzgada, aspecto esencial para garantizar el cabal ejercicio de la función jurisdiccional en cualquier ordenamiento jurídico (y reconocida en el caso peruano en los incisos segundo y décimo tercero del artículo 139 de la Constitución de 1993 y el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial) admite muy puntuales límites, los cuales no son invocables por siempre (en el Perú existe un plazo para ello, el cual es de caducidad) y pueden materializarse a través de determinados medios procesales.

Todo ello tiene un especial sentido, y es que si la cosa juzgada pudiese ser modificada de cualquier manera y por cualquier camino, ésta carecería de sentido, con lo cual la misma labor jurisdiccional perdería virtualidad y relevancia, al ser despojada de su exigibilidad.

Es pues en mérito a lo expuesto que no solamente la dogmática procesal, sino también todo los defensores del Estado constitucional a nivel mundial apuestan por la tutela de la cosa juzgada, habilitando excepcionalmente y en una forma mas bien taxativa los supuestos y las vías procesales para discutir su eventual nulidad. Sin embargo, ello no parece ser lo hecho en este caso por el Tribunal Constitucional peruano, quien declara nulas sentencias invocando situaciones y recurriendo a medios en principio no habilitados en el Perú como posibilidades para declarar la nulidad en una serie de resoluciones.

Lo más grave es que lo aquí reseñado fue materializado en un proceso competencial, medio procesal destinado a atender en rigor pretensiones distintas a los derechos fundamentales de quienes recibieron —sin que corresponda en este escenario en puridad discutir si con razón o no— la autorización judicial para el funcionamiento de sus casinos. Muy a despecho de ello, estas autorizaciones judiciales serán declaradas nulas mediante lo resuelto en este proceso competencial, afectando así derechos de quienes no eran parte de este proceso ni se les convocó para formular descargos dentro del mismo, configurándose entonces para ellos una situación de indefensión que hoy ya viene siendo cuestionada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Además, si se analiza con mayor detalle lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en este caso, fácilmente podrá comprobarse como en muchas de las sentencias anuladas no se ejerció control difuso (y por lo tanto, no había necesidad de seguir el procedimiento entonces vigente y aquí ya descrito del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)¹¹ ni se dejaron de lado precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional del Perú (desconociéndose con ello que, por cierto, siguiendo las pautas mediante las cuales se regula el precedente en el derecho comparado, es posible apartarse de un precedente si se emite un pronunciamiento debidamente motivado).¹²

El Tribunal Constitucional peruano pareciera aquí olvidar que sus competencias no son ilimitadas, sino que, tal como le sucede a todo organismo dentro de un Estado constitucional, su margen de acción, independientemente de las buenas intenciones que inspiren su labor, se da dentro de ciertos parámetros previamente establecidos. Ahora bien, el fortalecimiento —si cabe el término— de la posición de ese alto tribunal frente a la judicatura ordinaria del Perú todavía tenía un capítulo más por recorrer, dentro del cual incluso se recurrirá a una lectura e interpretación no solamente no literal, sino a la que algunos han calificado como mutativa del texto constitucional actualmente vigente, lo que innegablemente ha generado más de un cuestionamiento.

¹¹ En este sentido revisar el caso resuelto por la jueza doctora Jimena Vargas-Machuca previamente al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 2153-2004-PA/TC.

¹² Una buena explicación y resumen de esta postura la encontramos en Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 118 y ss.

3. *El caso “Dirección Regional de Pesquería de la Libertad” y sus implicancias*

Es que mediante lo resuelto en el caso recogido en el expediente número 4853-2004-PA/TC, con sentencia formalmente emitida el 19 de abril de 2007, pero dada a conocer algún tiempo después, el Tribunal Constitucional peruano avanza un paso más en el difícil y complejo camino al que aquí vengo haciendo mención. En este proceso el demandante, la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, solicita se deje sin efecto una sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que había declarado improcedente su intención de cuestionar mediante amparo a las sentencias emitidas en su momento por la Segunda Sala Civil del Distrito Judicial de la Libertad y el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo dentro del proceso de amparo seguido por la Dirección Regional antes mencionada contra el entonces presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional de la Libertad y otros.

Sin entrar aquí a discutir la pertinencia de admitir demandas de amparo interpuestas por una dependencia estatal en contra de otra, tema fácticamente permitido en el Perú pero que bien podría motivar una mayor reflexión al respecto, fácilmente puede comprobarse como se está ante la iniciación de un amparo contra amparo, con la particularidad de que aquí la sentencia de amparo recurrida no desestimaba *in toto* la pretensión solicitada, sino que la declaraba fundada en parte.

Ello en principio tiene singular relevancia para determinar el margen de competencia del Tribunal Constitucional peruano en este caso, pues si nos atenemos a lo que se desprende de la lectura literal de la Constitución peruana actualmente vigente, allí se encontrará prescrito lo siguiente: “Artículo 202. Corresponde al Tribunal Constitucional:... 2. Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento...”.

En este caso, el Tribunal Constitucional peruano pasará a consagrar lo que de acuerdo a su criterio son las nuevas pautas dentro de las cuales procedería el amparo contra amparo, posibilidad que, tal como se ha descrito anteriormente, intentó descartar el Código Procesal Constitucional, pero que fuese habilitada —aun cuando en este primer momento sin establecer con claridad en base a cuales criterios— por el ya mencionado tribunal en lo resuelto a propósito en el caso “Municipalidad provincial de San Pablo”. Luego de explicitar cuáles eran las reglas aplicables al am-

paro contra amparo antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (fundamento tercero) y lo argumentado en “Municipalidad Provincial de San Pablo” (fundamento quinto), de inmediato irá mucho allá en sus afirmaciones, tal como veremos a continuación.

Y es que después de resaltar que el amparo contra amparo debe ser visto como una alternativa excepcional en el mismo fundamento sexto de lo resuelto, siguiendo lo ya anotado en Ccolleca aclarará que ese amparo contra amparo procederá ante una transgresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de cualquier derecho fundamental. Ahora bien, pronto irá más allá, buscando sustentar la posibilidad de recurrir al amparo contra amparo incluso ante sentencias estimatorias, a pesar de que ello no corresponde con lo prescrito literalmente en la Constitución actual peruana (y a la comprensión que hasta ahora se había dado a ese precepto) o a lo señalado en otra normativa en su momento vigente, como el artículo 8o. de la Ley 23506, antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

Para sustentar su posición, el Tribunal Constitucional peruano señalará necesario: “...Al respecto el Tribunal considera necesario adecuar esta regla a efectos de optimizar la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados a consecuencia de los órganos judiciales en un determinado proceso”.¹³

Añadiendo luego a continuación que:

...De este modo en principio es razonable que tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado, cuando se acredite que en la tramitación se haya producido una violación manifiesta a un derecho constitucional, “el amparo contra amparo” resulta una opción válida a efectos de optimizar la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, sin que su uso pueda suponer, paradójicamente, una nueva afectación.¹⁴

Y como era fácil de suponer luego de afirmaciones como las aquí consignadas, el Tribunal Constitucional peruano, conocedor de la serie de preguntas y cuestionamientos que las mismas pueden generar, pasa inmediatamente a intentar configurar sus respuestas ante los reparos que anticipadamente reputa como las más relevantes.

¹³ En este tenor se pronuncia la STC 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico noveno.

¹⁴ Véase al respecto la STC 4853-2004-PA/TC, fundamento jurídico décimo.

El primero a los que hace mención es al de la vía procesal para enfrenar este tipo de casos, buscando así determinar en qué supuestos debería interponerse un amparo contra amparo y en cuáles plantear un recurso de agravio constitucional que, de acuerdo con lo previsto por el ordenamiento jurídico peruano, inmediatamente habilita la actuación del Tribunal Constitucional del Perú, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso.

Intentando dar respuesta a esa interrogante, para el Tribunal Constitucional peruano el amparo contra amparo se justifica en los siguientes supuestos:

- Sentencias estimatorias de amparo en segundo grado que afectan derechos fundamentales.
- Sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional (jurisprudencial) establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Sentencias denegatorias que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el primer proceso (por no haber sido admitido o por no habersele notificado a pesar de su condición de litisconsorte necesario) o cuando el recurrente no pudo interponer el recurso de agravio en su oportunidad, ya sea por no haber sido notificado en su debido momento, o en su defecto, por no haber podido conocer el contenido de esa notificación en base a una imposibilidad material debidamente acreditada.

Por otro lado, el mismo Tribunal Constitucional peruano habilita la interposición del recurso de agravio constitucional cuando se esté ante sentencias estimatorias de segundo grado que vulneran el orden jurídico constitucional, o dicho con otras palabras, impliquen haber resuelto sin respetar los precedentes establecidos por el Tribunal Constitucional al cual vengo haciendo referencia.

Múltiples y de muy diversos tipos son las observaciones que pueden plantearse a este importante paquete de consideraciones, empezando para ello por preguntarse sobre cuál es el sustento constitucional de las mismas. A esto último intenta responder el Tribunal Constitucional peruano al intentar justificar los nuevos alcances que quiere darle al término “denegatorio” utilizado por el artículo 202.2 de la Constitución de 1993, norma mediante la cual se determina cuáles resoluciones de amparo, há-

beas corpus, *hábeas data* y cumplimiento pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional.

Es en ese tenor que el Tribunal Constitucional al cual me estoy refiriendo recurre al uso de los criterios o principios de interpretación constitucional¹⁵ habitualmente denominados concordancia práctica y corrección funcional, así como a la doble dimensión y finalidad de los derechos fundamentales, concluyendo en base a estas consideraciones que denegatorio no solamente debe entenderse en base a su dimensión subjetiva (en función a la pretensión buscada por quien interpone la demanda de amparo), sino también como aplicable a aquellos casos donde se concede el amparo, aunque desconociendo los precedentes del mismo Tribunal Constitucional peruano.

Con lo resuelto en este caso, prácticamente cualquier resolución judicial es pasible de ser impugnada ante un juez constitucional o de ser anulada por uno de estos magistrados (as), quienes sin duda cuentan con un amplio margen de acción para asumir esa competencia, y aparentemente casi sin ninguna restricción, lo cual debe motivarnos múltiples reflexiones, reflexiones que pasaré siquiera puntualmente a plantear a continuación.

IV. CONCLUSIÓN

Como seguramente puede apreciarse luego de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional peruano ha venido desarrollando una línea argumental mediante la cual, ya sea ampliando los alcances inicialmente reconocidos a algunos conceptos, o efectuando controvertidas lecturas no literales de la Constitución, busca posesionarse ante la judicatura ordinaria de forma tal que prácticamente estaría habilitado (por no decir, si cabe el término, autohabilitado) para revisar cualquier sentencia judicial.

Esa capacidad revisora, tal como la concibe el mismo Tribunal Constitucional peruano, se sustenta en un margen de acción muy amplio, el cual no parece responder a causales previamente fijadas a medios procesales anteriormente habilitados para atender a este tipo de pretensiones. Se corre así el riesgo de no entenderse que la cosa juzgada y el haz de

¹⁵ Las razones por las cuales preferimos hablar aquí de criterios y no de principios son las sustentadas por García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", en Palomino Manchego, José y Velásquez Ramírez, Ricardo (coords.), *Modernas tendencias del derecho en América Latina*, Lima, Grijley, 1997, pp. 99-132.

derechos y bienes que tutela solamente debieran ser cuestionados en circunstancias realmente excepcionales y debidamente sustentados, con todo lo que actuaciones en distinto sentido pudiesen generar.

En un escenario como éste, curiosamente la labor de jueces y juezas constitucionales, destinada en principio para limitar o delimitar bajo parámetros conformes a derecho el quehacer de quienes cuentan con poder (y sobre todo, con poder político) y crear condiciones de seguridad jurídica indispensables para asegurar el pleno ejercicio de derechos fundamentales, un correcto funcionamiento institucional y condiciones para —entre otros supuestos— desarrollar inversiones más bien estables, puede, si sigue en esta línea, constituirse seguramente muy a su pesar, en un riesgo precisamente para esa limitación del poder y para la seguridad jurídica buscada. En este contexto, cabe preguntarse nuevamente por los alcances de la labor de los jueces y juezas constitucionales.

Vuelve entonces en este contexto a plantearse el debate sobre si frente a estas crecientes atribuciones invocadas por un Tribunal Constitucional, o por cualquier juez o jueza constitucional (preocupación que ciertamente no se limita a las relaciones entre estos magistrados y la judicatura ordinaria en el caso peruano) corresponde hablar o establecer límites al accionar de cualquier juez(a) constitucional (independiente de si es o no parte de un Tribunal Constitucional) más allá de su autorrestricción.

En lo referente a este último tema, el de si puede o no hablarse de límites a la labor de un(a) juez(a) constitucional, he de decir que discrepo con quienes apuestan como la única limitación a la labor de estos magistrados(as) a su propia vocación de no ir más allá de aquello conforme a derecho en el ejercicio de sus funciones. Considero, al igual que otros autores, que deben tomarse en cuenta algunos factores, los cuales bien pueden sintetizarse en la percepción de lo que implica concebir a los jueces y juezas constitucionales como autoridades con atribuciones jurisdiccionales.

Esto, siquiera haciendo una breve aproximación al tema, involucra tener presentes los límites propios de situaciones como las ya descritas. Y es que si estamos ante autoridades, ello implica que las mismas deben en primer término actuar con racionalidad (de acuerdo con la lógica o con coherencia lógica, o, dicho con otras palabras, con respeto a principios lógicos como los de no contradicción o tercio excluyente, por citar únicamente algunos detectables mediante control de logicidad).

También el estar ante una autoridad conlleva que ella debe respetar parámetros de razonabilidad, entendida como interdicción de la arbitrariedad, como actuación conforme con fines lícitos (o al menos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente) y con respeto a medios proporcionales o adecuados (lo cual significa preguntarse por la idoneidad, necesidad y menor gravedad o proporcionalidad en sentido estricto de los mismos). Por último, y al igual que sucede con cualquier autoridad, el quehacer de jueces y juezas constitucionales debe ser respetuoso de lo que se conoce como corrección funcional: debe ceñirse a las atribuciones que les asigna el ordenamiento jurídico de su Estado en particular, comprendidas de conformidad con la normativa internacional suscrita por dicho Estado.

De otro lado, y si se toma en cuenta que se habla de autoridades con atribuciones jurisdiccionales, debe además tenerse presente que juezas y jueces constitucionales no deberían actuar en función a juicios de calidad y/o de oportunidad, sino en mérito y respeto a derechos, deberes, competencias e instituciones jurídicas comprendidas dentro de esos parámetros. Y junto a ello, no tendría que olvidar que resuelve en función a la(s) pretensión(es) que se le presenta(n), pudiendo suplir quejas deficientes pero sin que esto involucre desconocer una mínima congruencia personal.

Estamos pues ante parámetros que, en la lógica de pesos y contrapesos tan cara al Estado constitucional, tienen una importancia insoslayable. No tenerlos en cuenta o no exigir su cumplimiento puede acarrear una serie de dificultades para el buen funcionamiento institucional y el cabal ejercicio de los derechos fundamentales en un Estado determinado y de allí la necesidad de comprometerse con asegurar su plena vigencia, salvo mejor parecer.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:
COMENTARIOS A UN PROYECTO DE REFORMA

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA*

Que fluya como el agua el derecho y la
justicia como arroyo perenne.

AMOS, 24

Y es el caso que las leyes se mantienen
vigentes no porque sean justas sino por-
que son leyes...

Cualquiera que las obedezca por ser jus-
tas no las obedece justamente por lo que
debe.

De la experiencia, M. DE MONTAIGNE

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema*. II. *Reformas y enmien-
das referentes al órgano*. III. *El estatuto jurídico de los ma-
gistrados y sus modificaciones*. IV. *El tribunal constitucional
como intérprete supremo de la Constitución*. V. *Reformas plan-
teadas de naturaleza reglamentaria*. VI. *Bibliografía*.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El constituyente español de 1978, siguiendo el ejemplo de la Constitu-
ción Republicana de 1931, decidió encomendar la defensa material de la
norma suprema a un órgano de naturaleza jurisdiccional, situado fuera

* Universidad de Salamanca.

del ámbito del Poder Judicial. A los efectos dedicó el título IX a regular el Tribunal Constitucional; órgano constitucional del Estado español que, siguiendo el mandato al legislador contenido en el artículo 165 constitucional, aparece regulado en la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esta norma desarrolla el funcionamiento del órgano, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

El Tribunal Constitucional español, intérprete supremo de la ley de leyes (artículo 1.1 de su Ley Orgánica) debe ser ubicado en la tradición kelseniana de justicia constitucional concentrada, o modelo europeo, que se caracteriza por encomendar a un solo órgano de naturaleza jurisdiccional las garantías constitucionales; por ello es el órgano de cierre de nuestro sistema jurídico-político, único en su orden y con jurisdicción en todo el territorio nacional. La labor desarrollada en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas por la Constitución y su ley orgánica ofrece un balance altamente positivo a lo largo de los más de veinticinco años que lleva funcionando.

La práctica cotidiana puso de relieve la necesidad de reformas legislativas que tuvieron lugar en los años 1984, 1985, 1988, 1999 y en el año 2000. Esas reformas puntuales se ocuparon, respectivamente, de modificar el recurso de amparo frente a violaciones causadas en el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar; de la derogación de ciertas modalidades del recurso previo de inconstitucionalidad introducido por la ley orgánica; de modificar el trámite de admisión en los supuestos de recursos de amparo ante el alto tribunal; de la atribución al Tribunal Constitucional de una nueva competencia, como es la resolución de los conflictos en defensa de la autonomía local; y, por último, la reforma en algunos aspectos del planteamiento del recurso de inconstitucionalidad ante el Pleno del supremo intérprete de la Constitución.

En ninguna de las reformas enunciadas se había planteado una modificación integral que afrontase de manera conjunta las dificultades del funcionamiento del Tribunal Constitucional. Esto es al parecer lo que se pretende con el “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre del Tribunal Constitucional”. Dicho proyecto normativo, aprobado por el Gobierno español en el verano de 2005, fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 25 de noviembre del mismo año, siendo publicadas las enmiendas presentadas el 23 de febrero de 2006. En el momento de redactar este comentario

(noviembre de 2006) no se ha avanzado nada más en el “*iter*” parlamentario del proyecto de reforma que analizamos y por ello el único material del que disponemos, para fundamentar nuestra opinión, es la letra del todavía proyecto normativo y las enmiendas presentadas —pero aún no debatidas— al articulado. Al tratarse de un proyecto de ley orgánica se precisa obtener la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados para su aprobación final y por lo tanto se necesitan, como mínimo, 176 votos en la cámara baja. Este requisito formal y la mejorable oportunidad del momento político presente en España pueden prolongar en el tiempo el debate sobre la reforma de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional que ha sido reiteradamente demandada en los últimos años desde el seno del precitado órgano constitucional y desde algunos sectores de la doctrina constitucionalista.

Vaya por delante que los contenidos que la Constitución regula sobre el significado y funcionamiento del Tribunal Constitucional, en los nueve artículos de su título noveno, sólo pueden ser modificados mediante el procedimiento de reforma ordinaria contemplada en el artículo 167 de la norma suprema. En ningún momento, ni en el pasado ni en el presente, se ha hablado de la necesidad de reformar la Constitución en este aspecto concreto. Se ha dado por sentado que las dificultades del funcionamiento diario del alto tribunal se resolverían reformando su Ley Orgánica. Pensamos que una modificación del Tribunal Constitucional de gran calado y encaminada a conseguir alguno de los objetivos perseguidos con esta reforma estaría obligada a abordar cambios en el propio articulado de la Constitución (derechos fundamentales y sus garantías, naturaleza jurídica del recurso de amparo, composición del Tribunal Constitucional...) y no debería quedarse en reformas parciales de la ley orgánica que pueden haber sido muy demandadas pero, al realizar una simple lectura de las modificaciones propuestas, se obtiene la impresión de que han sido impulsadas en gran medida a raíz del último conflicto originado entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Esto se produjo cuando la Sala I (de lo Civil) del órgano supremo de los jueces ordinarios (artículo 123 de la Constitución) dictó, con fecha 23 de enero de 2004, una sentencia en la que condenó a once magistrados del Tribunal Constitucional al pago de una indemnización de 500 euros. Dicha indemnización se haría efectiva a un recurrente en amparo cuya demanda había sido inadmitida por el alto tribunal. La sentencia, que hemos comentado en otro trabajo, ha erosio-

nado una vez más el equilibrio inestable entre estas instituciones jurisdiccionales: el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Si la reforma en marcha pretende coadyuvar a restablecer las relaciones enfrentadas necesita tener una mayor proyección y quizás ser más meditada, consensuada y madurada. Opinamos que esas reformas planteadas ahora aportan muy poco a la letra de las normas vigentes porque en la propia naturaleza del sistema configurado en la Constitución Española subyace todo lo que se pretende añadir en la reforma que comentamos.

Ahora bien, sólo nos vamos a ocupar en este estudio de analizar las modificaciones propuestas que hacen referencia al órgano constitucional. No nos ocuparemos de la reforma de las competencias que le han sido atribuidas porque ello escaparía de los límites que para este estudio se nos han marcado.

Así las cosas en la exposición de motivos del proyecto normativo que analizamos (objeto de críticas por algunas enmiendas presentadas y por el informe de la fiscalía a causa de su extensión y errores técnicos) se dice expresamente que:

La ley introduce diversas reformas referidas al estatuto de los magistrados y al régimen interno del tribunal. En cuanto al primero, se especifica, como consecuencia del carácter de intérprete supremo de la Constitución, que las resoluciones del tribunal no podrán ser enjuiciadas a ningún efecto por ninguna otra jurisdicción del Estado ni en forma directa, ni indirectamente, mediante la persecución de los magistrados constitucionales por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su función de interpretación de la Constitución; en cuanto al segundo aspecto, las modificaciones del régimen interno y de la organización del tribunal son consecuencia de la experiencia de años de funcionamiento durante los cuales se han detectado carencias atemperadas con soluciones provisionales, en general, mediante reformas reglamentarias. Algunas de las fórmulas previamente establecidas por el reglamento de organización y funcionamiento del tribunal deben gozar de la cobertura legal que esta reforma de la ley orgánica les otorga. Desde la perspectiva de una flexibilización en pos de la eficacia, se ha regulado la figura (ya existente en virtud del artículo 2.j del reglamento), del letrado de adscripción temporal, así como la apertura del Cuerpo de Letrados a especialistas de todas las ramas del derecho, eliminando el requisito de especialización en derecho público que enunciaba el antiguo artículo 97.3 y permitiendo su configuración de acuerdo con las disposiciones reglamentarias de modo que sea el propio Tribunal Constitucional el que fije la caracterización más adecuada.

II. REFORMAS Y ENMIENDAS REFERENTES AL ÓRGANO

En 1928, H. Kelsen, en el trabajo fundacional que sentó las bases de la justicia constitucional concentrada, dejó plasmadas sus ideas sobre el órgano encargado de garantizar la supremacía de la Constitución. Al respecto señalaba que no debía ser muy numeroso; que sus miembros debían tener una extracción homogénea; en su designación debían participar la mayoría y la minoría para que el compromiso político fuera amplio; los magistrados deberían tener una preparación técnica y la designación para el cargo no debe ser vitalicia pero sí deben ser propuestos para un periodo de tiempo más o menos largo que conceda estabilidad a la función que van a desarrollar.

Si trasladamos estas notas al caso español apreciamos que se cumplen en casi su totalidad. Así pues, el artículo 59 de la Constitución Española y el artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecen que los miembros del alto tribunal son 12. El nombramiento formal de los mismos es competencia del rey, en cuanto jefe del Estado, pero la propuesta procede del Congreso y Senado (Poder Legislativo) que tienen encomendado seleccionar a ocho miembros que han de ser aprobados por una mayoría de 3/5 de los representantes del pueblo soberano. El gobierno (Poder Ejecutivo) propone dos. Y el Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de la judicatura) propone otros dos. De este modo los tres poderes del Estado, cuyos actos pueden ser controlados a la luz de los postulados constitucionales, colaboran a la hora de formar al órgano controlador.

La duración en el cargo es de nueve años y se renovarán en tercios cada tres años. De este modo se pretende que no se interrumpan las funciones que desarrolla el máximo intérprete de la Constitución. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán proceder de la Universidad, de la función pública, del ejercicio libre de la profesión de abogado o del ámbito de la judicatura. Todos ellos deben acreditar más de 15 años en el ejercicio profesional y deben ser juristas de reconocida competencia. Pues bien, por lo que a la composición del Alto Tribunal se refiere, cualquier modificación requiere la puesta en marcha del procedimiento de reforma de la Constitución. Aunque esto no está en el horizonte, no por ello podemos dejar de pensar en la conveniencia de modificar el número de magistrados que componen el órgano; al tratarse de un número par (son 12 miembros) tanto en las decisiones del Pleno como en las que se

tomen en cualquiera de las dos Salas, el empate en los resultados convierte el voto del presidente en un voto de calidad que deshace el empate con el correspondiente peligro de politización de la decisión. Sin duda, consideramos más acertado elevar el número de magistrados a 15 (aún así se siguen manteniendo los parámetros normales de los Tribunales Constitucionales del entorno europeo) porque con ello se evita el peligro de la politización del órgano y se pueden elevar el número de las Salas de dos a tres, incrementando de este modo la “productividad” del órgano constitucional. De momento es imposible pensar en que esto llegue a ser realidad. Las reformas se reducen a trasladar competencias del Pleno a las Salas y de éstas a las Secciones (cuatro en total) en el ánimo de ampliar el número de asuntos resueltos por el Tribunal, acortar los largos plazos que necesitan algunos pronunciamientos y poder desatascar en cierta medida el funcionamiento del Tribunal. Sin embargo, no faltan las enmiendas a este proyecto de reforma de quienes piensan que la seguridad jurídica que otorgan los pronunciamientos del Pleno no la conceden los de las Salas o las Secciones, sobre todo en los supuestos en que la propia admisión a trámite del recurso en cuestión requiere de relevancia constitucional.

Llaman la atención las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios de ideología nacionalista, con representación en el Congreso, que adicionan contenidos a la reforma del gobierno. En este sentido sostienen que los magistrados propuestos por el Senado deben representar de verdad a las autonomías del Estado español. Fundamentan sus enmiendas en la necesidad de que la composición del Senado debe ser modificada para convertirse en una verdadera Cámara de representación territorial, tal y como lo define la propia Constitución. De momento las reformas se han reducido a crear una Comisión General de las Autonomías en el seno de la cámara alta. Las enmiendas que comentamos van dirigidas a que los miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Senado sean designados en representación de las comunidades autónomas; y que la propuesta la haga la Comisión General de las Autonomías, previa consulta a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. A tales efectos el Reglamento del Senado debería ser reformado para poder articular dicha propuesta.

Aunque en la reforma ideada por los poderes centrales del Estado español no se plantea una modificación de estas características las enmiendas referidas encuentran su justificación en la progresión del Estado de

las autonomías. La no participación de las comunidades autónomas en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional ha sido objeto de crítica por los partidos políticos y por algunas comunidades autónomas y ha conllevado algunas proposiciones de cara a modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con el fin de que el Senado sea el cauce por el cual los entes territoriales dotados de poder político, gracias a la descentralización permitida por la Constitución, integren su voluntad y se vean representados en la composición del alto tribunal. Actualmente los magistrados propuestos por el Senado lo son en función de los pactos de los partidos mayoritarios de la escena política nacional.

No puede olvidarse que a través del ejercicio de las competencias que le son otorgadas por la Constitución y por su Ley Orgánica el Tribunal Constitucional controla la actividad de las comunidades autónomas. Esto lo hace por medio del control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley emanadas de las Asambleas Legislativas autonómicas, en el ejercicio de sus competencias. A través de la resolución de los conflictos de competencias del Estado con las comunidades autónomas y de éstas con el Estado o con otras comunidades autónomas. También es posible la interposición de recursos de amparo frente a actos de los poderes públicos autonómicos causantes de violaciones en los derechos fundamentales de los particulares. Y por último en aquellos supuestos en que el gobierno puede impugnar, con una suspensión de la vigencia de la norma no más de cinco meses, disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas (artículo 161.1 de la CE). Así pues, son muchos los controles posibles y es nula la representación de las autonomías en el órgano controlador.

En una línea similar con lo antes comentado, las enmiendas de los partidos nacionalistas vascos y catalanes se dirigen a introducir en la Ley Orgánica que se pretende reformar el conflicto negativo de competencias modificando los artículos 71 y 72 de la misma. Hasta el momento presente sólo es posible el planteamiento de conflictos positivos de competencias. Pero, ante situaciones de bloqueo competencial que se derivan de la falta de transferencias del Estado a las comunidades autónomas puede abrirse una vía para que éstas reclamen el traspaso de las mismas. Incluso se llega a proponer un recurso en defensa del ejercicio de las competencias autonómicas que podría ser planteado por las comunidades autónomas ante el Tribunal Constitucional cuando el gobierno impida u obstaculice con su inactividad, o por omisión de sus obligaciones consti-

tucionales, el ejercicio por parte de las comunidades autónomas de las competencias atribuidas por vía estatutaria o mediante leyes orgánicas de transferencia o delegación (artículo 150 de la CE).

Los nacionalistas vascos avanzan aún más y pretenden en sus enmiendas de adición que el Tribunal Constitucional disponga de las dos salas ordinarias sin perjuicio de las Salas especiales que se creen en el respectivo Estatuto de Autonomía. Si así lo dispone el estatuto correspondiente la misma será una Sala Especial del alto tribunal que actuará como Sala de Conflictos en relación con una determinada comunidad territorial y conocerá de la declaración de inconstitucionalidad y de los conflictos constitucionales que se pueden suscitar en relación con sus instituciones y poderes.

La sala especial que proponen se compondría de seis magistrados de los cuales tres serían designados por el propio Tribunal Constitucional y los otros tres por la Asamblea Legislativa autonómica. El presidente de turno deberá tener voto de calidad y suponemos —no se aclara en la enmienda— que los tres miembros propuestos por la comunidad autónoma correspondiente lo serían de entre los doce que según la Constitución conforman el Tribunal Constitucional. A pesar de que la opción política propuesta va encaminada a respetar los hechos políticos diferenciales, aunque queramos hacer una interpretación integradora el encaje en el marco constitucional actual es muy difícil, como también lo es el reconocimiento del control de constitucionalidad para las Normas Forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Vascos. Actualmente su control se efectúa ante la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS MAGISTRADOS Y SUS MODIFICACIONES

En agosto de 2005 la prensa española se hacía eco de la aprobación por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional. Se destacaban los aspectos técnicos de las modificaciones propuestas dirigidos a conseguir “descargar de trabajo” al alto tribunal y a pretender que los magistrados no pierdan “un tiempo precioso” en inadmitir los recursos de amparo, competencia que supera en gran medida a las demás en el número de resoluciones pronunciadas por el Tribunal.

Al lado de los aspectos referentes al funcionamiento del órgano constitucional se hacía especial hincapié en las alusiones realizadas por el ministro de Justicia, impulsor de la reforma en marcha, a las modificaciones efectuadas en pro de propugnar la supremacía del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo; siendo el defensor de la Constitución el órgano de naturaleza constitucional que agotase la jurisdicción interna española, imposibilitando a cualquier otra para enjuiciar sus resoluciones. Incluso se aludía al reforzamiento en el estatuto de los magistrados del Tribunal Constitucional para evitar intromisiones del Tribunal Supremo en su jurisdicción. En esa línea se señalaba que los jueces del Constitucional no podrían ser enjuiciados por los votos y opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones y además, que los candidatos al cargo serían examinados por las cortes generales antes de ser propuestos por quienes tienen competencia para ello.

Detrás de las declaraciones hechas en aquel momento por el Ministro de Justicia se proyectaba la sombra alargada de la Sentencia pronunciada por la Sala I (de lo Civil) del Tribunal Supremo que condenó, con fecha 23 de enero de 2004, a once magistrados del Tribunal Constitucional por haber incurrido en responsabilidad a causa de su negligencia en la inadmisión de un recurso de amparo. Consideramos que dicha sentencia, única en la jurisprudencia española de la etapa constitucional, culminó los desencuentros, relativamente frecuentes, que se han producido entre estas dos instancias jurisdiccionales y ha influido en muchos de los aspectos de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional actualmente en fase de tramitación parlamentaria.

La Constitución española regula el estatuto de los miembros del Tribunal Constitucional en el artículo 159.4. Este precepto, por mandato del artículo 165 constitucional se desarrolla en el artículo 16 y siguientes de la correspondiente Ley Orgánica. Para el caso que nos ocupa merece especial atención el artículo 22. Este precepto señala:

Los magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece.

La reforma propuesta por el gobierno socialista español presenta la siguiente redacción para el precepto en cuestión. Dice así el artículo 22:

1. Los magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad, “responsabilidad” y dignidad inherentes a ella.
2. Serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta ley establece, “ni encausados” ni perseguidos “por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”.

En su nueva reestructuración y redacción encontramos que el artículo 22 ofrecido por la reforma sólo presenta como novedades, respecto al precepto vigente, lo que hemos entrecomillado en el texto previamente transcrito. Es decir, la alusión a la responsabilidad de los jueces constitucionales y lo referente a su inmunidad y a la ampliación de la inviolabilidad; sostenemos que esta bien intencionada reforma no añade nada que no estuviese previamente contemplado en el espíritu de la ley, como luego demostraremos. La reforma inicialmente propuesta en el anteproyecto añadía que los magistrados del constitucional no podrían ser perseguidos “en ninguna forma ni ante ninguna jurisdicción”. Este texto desapareció en la redacción final a instancias del informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial que mantenía que esa inviolabilidad no cabía en el texto constitucional, siendo vulneradora del principio de igualdad ante la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las enmiendas presentadas a las reformas propuestas al artículo 22 de la Ley Orgánica por los grupos parlamentarios de la oposición política inciden, prácticamente todas, en lo innecesario de la reforma y en lo inconveniente de la misma. Sus fundamentos se basan en que el contenido del vigente precepto es suficiente para garantizar la inmunidad de los magistrados del Tribunal Constitucional y cualquier ampliación efectuada sobrepasaría en gran medida el estatus legalmente otorgado a los miembros de la judicatura ordinaria.

Sin embargo, pensamos que las enmiendas no se enmarcan en una línea correcta y puede que no hayan sido lo suficientemente meditadas. Los magistrados del constitucional no son jueces ordinarios, ni es ordinaria la función jurisdiccional que desempeñan en el órgano del que forman parte. Se trata de magistrados que administran justicia en el marco de las actuaciones del órgano constitucional encargado de velar por las garantías constitucionales. Siendo éste el órgano de cierre del sistema español, sus magistrados sólo responden criminalmente ante la Sala II (de

lo Penal) del Tribunal Supremo tal y como se aprecia en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 26); son personas aforadas.

Es cierto que desempeñan una función jurisdiccional, pero especial y única en su ámbito y excluyente. Por ello el artículo 59.4 de la Constitución y el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se ocupan de recoger las incompatibilidades del cargo. Todas ellas van dirigidas a procurar que la función de magistrado no se vea afectada por otros cometidos y oficios de relevancia pública, ni con relaciones de carácter profesional que proporcionen a los miembros del alto tribunal beneficios personales o económicos y distracciones en el ejercicio de sus actividades. La finalidad de este régimen es garantizar la plena dedicación e independencia de los miembros del Tribunal Constitucional, evitando posibles conflictos de intereses. Por ello el precepto constitucional se ve ampliado en la Ley Orgánica donde se establece un régimen de incompatibilidades severo que se pretende ampliar en la reforma actualmente planteada.

La normativa vigente prohíbe a los miembros del alto tribunal el ejercicio de toda representación popular, cargos políticos y administrativos del Estado, puestos de dirección en el seno de partidos políticos o sindicatos y el empleo en los mismos. Se prohíbe el desempeño de actividades privadas mercantiles o profesionales, el ejercicio de las carreras judicial o fiscal y también se puede apreciar en la enumeración efectuada de las incompatibilidades existentes la mezcla de cargos concretos con conceptos genéricos. Todo ello, sin perjuicio de una remisión al sistema general de incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial. La reforma proyectada en el ámbito de las incompatibilidades las amplía a la prohibición del ejercicio de cargos políticos y administrativos en el marco de las comunidades autónomas, provincias y entidades locales y también, afortunadamente, se prohíbe la pertenencia a partidos políticos y sindicatos. Antes sólo estaba prevista la incompatibilidad con el desempeño de cargos directivos en los mismos. Teniendo en cuenta el papel que juegan los partidos políticos de las democracias actuales en la elección de los miembros que componen el alto tribunal y las funciones por él desempeñadas, es acertada esta incompatibilidad de cara a un funcionamiento más independiente del órgano. También en la presente reforma se pretende que quienes hubieren sido magistrados del Tribunal Constitucional no puedan actuar como abogados ante dicho órgano. La prohibición carece de límites en el tiempo.

No se han presentado enmiendas a las incompatibilidades ampliadas en relación a la pertenencia a partidos políticos o sindicatos, ni tampoco respecto a la prohibición de desempeñar cargos políticos y administrativos en otros entes que no sean los estatales. Pero la inhabilitación perpetua de los magistrados se considera excesiva por algunos enmendantes que sugieren en unos casos que la prohibición de cara a evitar posibles influencias se extienda a cualquier instancia jurisdiccional; y en otros, se piensa que un plazo de 10 años sin actuar ante el alto tribunal es suficiente para conseguir los objetivos previstos.

Consideramos que la clave de bóveda de la reforma proyectada en el estatuto jurídico de los magistrados del Constitucional se halla en las modificaciones al artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Se han hecho muchos esfuerzos para reflejar en la letra de la ley las prerrogativas de los jueces constitucionales con la intención de evitar que en lo sucesivo se pronuncien sentencias condenatorias para los mismos por actuaciones derivadas del ejercicio de sus funciones. Pero, salvo algunos matices que consideramos de interés, el tema ya estaba previsto previamente en el marco constitucional y legal. La Constitución en el artículo 159 fijaba las incompatibilidades de los magistrados, remitía con carácter subsidiario a las propias del poder judicial y expresamente señalaba que los mismos “serían independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato”.

La Ley Orgánica al regular el estatuto de los magistrados, como hemos visto, se ocupa de las incompatibilidades en el artículo 19 y de “las garantías para el ejercicio de sus funciones” en el artículo 22. Éstas tienen como objetivo conseguir que los magistrados constitucionales puedan ejercer la función jurisdiccional encomendada de forma independiente para una mayor eficacia de la misma. La independencia se garantiza con una serie de mecanismos como la imposibilidad de reelección de los magistrados, la abstención y la recusación y la inviolabilidad y la inamovilidad. La independencia no es un fin en sí mismo sino que es el medio que permite al juez constitucional adoptar sus decisiones con imparcialidad evitando, en todo lo posible, la arbitrariedad.

Una de las garantías previstas expresamente en el artículo 22 y encaminadas a hacer efectiva la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional es la inviolabilidad que garantiza que no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Esto aproxima su estatus al de los representantes parlamentarios que

la tienen reconocida en el artículo 71.1 de la Constitución Española. Del tenor literal del precepto legal se desprende que la inviolabilidad protege todos los actos que los magistrados realicen en el ejercicio de la función jurisdiccional. Claramente se desprende lo dicho de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referente a la inviolabilidad de los parlamentarios (SSTC 51/85, del 10 de abril y 30/86, del 20 de febrero, entre otras). Aunque el artículo 22 se refiere únicamente a las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, la doctrina se había planteado qué sucedía con los votos emitidos en el ejercicio de las mismas; la conclusión a la que se llega es que estos forman parte de dicha función porque son una expresión formalizada de sus opiniones sobre los asuntos conocidos por el tribunal y constituyen una actuación propia del ejercicio de su cargo. En conclusión, la reforma introduce en la letra de la ley la cobertura de la inviolabilidad a los votos emitidos. Se trata de completar la norma con algo que ya subyacía en el concepto propio de la función protegida.

Sí es novedoso y además acertado el reconocimiento en la nueva redacción que pretende darse al artículo 22 de la garantía de la inmunidad que antes no estaba prevista en el texto. La reforma propone añadir que los magistrados “no serán encausados” por las actividades que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones. La doctrina había resaltado esta ausencia, sobre todo, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la inmunidad de los miembros del Poder Judicial como una garantía de la independencia de los jueces. De este modo, el artículo 398 de la precitada Ley señala que los jueces y magistrados en activo sólo podrán ser detenidos “por orden del juez competente o en caso de flagrante delito”. El origen de esta garantía es parlamentario y su finalidad consiste en evitar perturbaciones anómalas en la función desempeñada; su extensión a la función judicial persigue los mismos objetivos.

Hasta el momento presente los magistrados constitucionales españoles carecen del reconocimiento expreso de la inmunidad. Sí la tienen en cambio reconocida los magistrados de la Corte Constitucional italiana, que es el órgano constitucional encargado de conceder el suplicatorio para procesar. La doctrina se inclina por considerar, por extensión analógica, que gozan de la garantía de la inmunidad en los mismos términos contemplados para los jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se justifica esta opinión en que dicha garantía contribuye al ejercicio de la función jurisdiccional con una mayor independencia y no se entiende por ello la omisión al respecto de la Ley Orgánica del Tribu-

nal Constitucional. En la línea expuesta previamente consideramos que la introducción de la inmunidad en la reforma proyectada es altamente positiva.

También consideramos acertado la inclusión en el párrafo primero del artículo 22, en la reforma propuesta, de la alusión a “la responsabilidad” de los magistrados del tribunal. El hecho de que en la redacción vigente no se aludiese a la responsabilidad de los mismos no significa que por ello fueran irresponsables. El principio de responsabilidad está presente y establecido con carácter general para todos los oficios públicos sin más excepción que la corona. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 26 se refiere expresamente a la responsabilidad criminal de los magistrados que será exigible ante la Sala II, de lo Penal, del Tribunal Supremo. Y, además, reconoce indirectamente la responsabilidad civil por dolo al admitir que la declaración de éste es causa del cese (artículo 23 de dicha norma). Al hablar de responsabilidad el ámbito de la misma queda limitado a la civil y a la criminal que son las que protegen el “ius litigatoris”. De antemano queda dicho que no hay excepción en la llamada responsabilidad disciplinaria. Ésta le corresponde según el artículo 15 de su Ley Orgánica al presidente del tribunal.

En lo que se refiere a la responsabilidad civil exigible por los perjudicados en un proceso y denunciado como actividad delictiva, la doctrina habla de una inmunidad especial de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Ello no se traduce en ausencia de responsabilidad sino en una limitación de la misma. Para los magistrados del Tribunal Constitucional se recoge la fórmula del derecho comparado europeo que exige responsabilidad en los supuestos de dolo, fraude o cohecho. En resumen se admite la responsabilidad civil por dolo, cuando éste no resulta tipificado como delito y la responsabilidad criminal. Lo que no dice la Ley Orgánica es ante qué órgano jurisdiccional se plantea la exigencia de la responsabilidad civil por dolo autónomo, no dimanante de delito. Como no hay norma expresa al respecto, y teniendo en cuenta la “vis atractiva” que ejerce la jurisdicción civil sobre todas las materias y su carácter supletorio de la normativa constitucional, por ser jurisdicción común y tratarse de un tribunal de máximo rango, sería la Sala I del Tribunal Supremo o en el caso de enjuiciar a varios magistrados el Tribunal Supremo en Pleno.

Otra novedad de la reforma en curso, que afecta al estatuto de los magistrados del Tribunal Constitucional, está prevista en el artículo 16 que propone que la Cámara Baja “examine” antes de su nombramiento a los

candidatos a magistrados que han seleccionado el gobierno y el Consejo General del Poder Judicial. La comparencia a los efectos de información pública se hará ante la Comisión correspondiente de la Cámara en los términos previstos en su Reglamento. Los miembros del alto tribunal propuestos por el Congreso y el Senado comparecerán ante las correspondientes comisiones. Esta enmienda parece ir dirigida a legitimar en cierta medida la elección de unos jueces que van a controlar la actividad del Parlamento. Esa legitimación indirecta, que ya reciben de los órganos que los seleccionan, parece que puede incrementarse con la aquiescencia de la opinión pública.

Sin embargo pensamos que poco puede añadir la modificación propuesta a la vigente en la actualidad. Los verdaderos protagonistas de la selección de los magistrados constitucionales son los partidos políticos con mayor representación parlamentaria que seleccionan a los ocho miembros que propone el Parlamento, a los dos que propone el gobierno e influyen en una medida mayor de lo deseable en la elección de los miembros propuestos por el órgano de gobierno de la judicatura. Buena prueba de la escasa relevancia de esta modificación introducida es que no ha suscitado interés en sede parlamentaria y en consecuencia no se han presentado enmiendas.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional porque desempeña una función relevante y en consecuencia ocupa una posición fundamental e insustituible en la estructura constitucional que resulta determinante para la configuración del modelo de Estado establecido por la Constitución. Por ello es independiente de los demás órganos constitucionales según la regulación que del mismo efectúa en el título IX la propia Constitución.

Define el artículo 1.1 de su Ley Orgánica al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, ejerciendo una jurisdicción de carácter limitado, porque sólo es competente para aplicar y garantizar el ordenamiento constitucional. Se trata del guardián y máximo intérprete de la Constitución pero no del resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, su actividad se limita al examen de la constitucionalidad y

no de la legalidad de las normas. Por lo tanto, no atañe al Tribunal Constitucional resolver las controversias donde no esté en juego una pretendida quiebra de la Constitución. De ahí que no sea tribunal superior en todos los órdenes, sólo lo es en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución española) y es el intérprete supremo del parámetro de la constitucionalidad pero no de todo el ordenamiento jurídico.

El objetivo que debe pretender el supremo intérprete de la Constitución es velar por la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos que en un Estado de derecho constituye un criterio fundamental para el reparto del poder político. Por ello debe imponer el significado de las normas constitucionales al resto de los poderes públicos y fijar los límites y criterios que para la interpretación de las leyes se derivan de la Constitución. También debe revisar, en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha efectuado de acuerdo con la Constitución. Incluso, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha establecido en sus artículos 38.1 y 40.2 la eficacia vinculante de la doctrina por él acuñada en los procedimientos de inconstitucionalidad, de tal modo que los jueces ordinarios deben seguir no sólo el fallo sino también las fundamentaciones de sus resoluciones. De este modo queda asegurada la supremacía del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y en la interpretación constitucional de las leyes.

Al tratarse de un órgano constitucional independiente no tiene relación con los otros órganos del Estado y sólo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica. Sus competencias, tasadas en la norma suprema y en las leyes orgánicas correspondientes, sólo pueden ser ejercidas si se cumplen los requisitos establecidos; y los límites a la función del supremo intérprete de la Constitución únicamente se encuentran en la norma suprema y tienen el sentido y alcance que establece el propio tribunal como intérprete supremo de la misma. El hecho de proclamar que es único en su orden y que extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional supone reconocer de forma expresa que a él se reserva en exclusiva el conocimiento de los diferentes procesos constitucionales. Por ello no cabe en el marco de la Constitución la existencia de tribunales autonómicos que velean por la constitucionalidad de las normas legales emanadas de los parlamentos autonómicos. Al disponer de jurisdicción en todo el territorio nacional procede una lectura homogénea de los requisitos procesales.

En la idea de lo antes señalado abunda el contenido del artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señalando que “en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional”.

Conviene aclarar al respecto del contenido de precepto que la doctrina procesalista mantiene que el vocablo “jurisdicción” no es unívoco y en una de sus acepciones tradicionales es sinónimo de “competencia”. Actualmente se sigue manteniendo esta mezcla del lenguaje forense; la competencia es la medida de la jurisdicción. Así pues, todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos disponen de competencia para conocer de un asunto. El conjunto de las atribuciones entendidas en abstracto conforman la jurisdicción y la determinación del ejercicio de esas atribuciones, concretadas conforme a unas reglas, determina la competencia para conocer de un asunto concreto, con exclusión de otros órganos jurisdiccionales. En resumen: la jurisdicción es el todo y la competencia es parte de la jurisdicción.

De ahí que, en el marco de las relaciones externas de los órganos de un poder con los de otro poder no es correcto hablar de conflictos de competencia. Es más acertado hablar de conflictos de atribuciones o conflictos jurisdiccionales. En línea con lo antes señalado ninguna autoridad o poder público, ni siquiera el poder judicial, puede promover ningún conflicto al Tribunal Constitucional. Al ser este órgano constitucional “único en su orden” cualquier cuestión que enfrentara a este órgano con otro tendría carácter de conflicto entre órganos constitucionales. Un conflicto de esta naturaleza, en la que uno de los implicados sea el alto tribunal es impensable porque es el órgano encargado de resolverlos sin que nuestro ordenamiento haya previsto ninguna instancia jurisdiccional superior.

Tampoco dentro del propio Tribunal Constitucional cabe la posibilidad de plantear cuestiones de competencia porque las Salas del Tribunal carecen de competencias propias. Las que ejercen son delegadas por el Pleno del Tribunal. La división de las competencias en pleno, salas y secciones obedece únicamente al principio de la división del trabajo para lograr una mayor eficacia por parte del órgano.

El artículo 4.2 en su redacción actual señala que es el tribunal, de oficio o a instancia de parte, quien aprecie su falta de jurisdicción o de competencia; lo que significa que los interesados no podrán pedir al Tribunal Constitucional que se inhiba del conocimiento de determinado asunto. Solamente podrán pedir que se abstenga de conocer del mismo y a mayor

abundamiento serán conscientes de la irrecurribilidad de su última decisión. Además, el deber de examinar de oficio la propia jurisdicción y competencia es general a todos los órganos jurisdiccionales como presupuestos de la validez del juicio. En lo que afecta al Tribunal Constitucional ese deber se manifiesta en dos vertientes: en la falta de jurisdicción en sentido propio, porque el alto tribunal debe vigilar la extensión y límites de sus atribuciones en cada caso concreto y, en relación con las funciones de los demás órganos del Estado. Así, si un asunto escapa de sus atribuciones se abstendrá de conocerlo; aunque los interesados también podrán denunciar esa falta de jurisdicción. Y, por otro lado, la vertiente donde se aprecia es en la falta de competencia que, dado el carácter único del tribunal y la naturaleza delegada de las funciones de los otros órganos del tribunal, cabe señalar que la competencia territorial y la competencia objetiva se subsumen en el ámbito jurisdiccional del tribunal; la competencia funcional de orden interno, cuyos asuntos se fijan por la ley orgánica, puede verse afectada si no se observan las reglas correspondientes.

A pesar de que, en nuestra opinión, este precepto es claro conforme a la finalidad que persigue, al mantener como órgano de cierre del sistema constitucional español al Tribunal Constitucional, ha sido modificado en la reforma que comentamos. Se añade en la letra de la ley la capacidad del tribunal para adoptar medidas necesarias para preservar su jurisdicción y se añaden dos nuevos párrafos al artículo 4o. de la LOTC:

2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional agotan la vía jurisdiccional interna. Ninguna otra jurisdicción del Estado puede enjuiciarlas a ningún efecto.

3. El tribunal podrá anular de oficio los actos y resoluciones que contravengan lo dispuesto en los dos apartados anteriores, previa audiencia del Fiscal General del Estado y del órgano autor del acto o resolución.

A esta propuesta de reforma sólo se han presentado dos enmiendas por parte de los Grupos Parlamentarios Popular y Nacionalista Catalán (en adelante CIU). Los populares solicitan que se supriman las modificaciones al artículo 4o., dejando la redacción que tiene actualmente. Justifican su enmienda señalando que la redacción actual ya garantiza lo que se pretende, sin llegar a los extremos de un trámite genérico de anulación. Rechazan los términos del “no enjuiciamiento por ninguna jurisdicción” al igual que rechazan la introducción en la letra de la ley de la prerrogati-

va de la inmunidad. Por las razones que hemos expuesto en el apartado precedente, defendemos que, en la naturaleza y función del órgano constitucional en cuestión, va ínsita la prohibición de enjuiciamiento de sus resoluciones por ningún órgano jurisdiccional estatal; sólo es posible, en ciertos casos, el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, en materias relacionadas con el recurso de amparo. La inmunidad de los magistrados subyacía ya en la letra de la ley; tienen las garantías de los miembros del Poder Judicial (a quienes la inmunidad está reconocida en el artículo 398 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985) implementadas por el carácter de autoridades aforadas que le reconoce su Ley Orgánica.

Los catalanes proponen, en cambio, una enmienda de modificación y señalan la siguiente redacción alternativa al artículo 4o.: “2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional agotan la vía jurisdiccional interna. Ninguna otra jurisdicción del Estado puede enjuiciarlas”.

Justifican su enmienda en que el blindaje del Tribunal Constitucional le convierte en un órgano inmune a toda jurisdicción o control. Señalan que de las resoluciones del Tribunal Constitucional es posible que se deriven responsabilidades de tipo penal, civil o administrativo que deben ser decididas por el Poder Judicial. De ahí que la reforma proyectada se considere contraria al principio de separación de poderes y a los valores inspiradores de la democracia. Sin embargo consideramos que esta justificación no está suficientemente meditada ya que en la reforma propuesta no se blindaba al Tribunal Constitucional más de lo que ya estaba y la responsabilidad de sus magistrados —que se introduce ahora en la letra de la reforma— estaba implícita en el texto de la Constitución que únicamente reconoce de forma expresa la irresponsabilidad del monarca.

Consideramos que la reforma propuesta al artículo 4o. peca de excesivo celo en el bien intencionado deseo de dejar muy claro que el Tribunal Constitucional, que no es supremo, sí es el superior en materia de garantías constitucionales y por ello es único en su orden y sus decisiones son irrecurribles. Entendemos que únicamente goza de cierta relevancia la modificación que se presenta en el nuevo apartado tercero que se proyecta; se establece en consecuencia un trámite en el que se exige dar audiencia al fiscal general del Estado y al órgano autor del acto o resolución que el alto tribunal puede anular de oficio cuando se contravenga lo establecido en el artículo 4o. de la Ley Orgánica.

Un trámite que no estaba previsto previamente y que pensamos que trata de ofrecer respuestas a posibles conflictos como el planteado a causa de la Sentencia de 23 de enero de 2004, cuando la Sala I (de lo Civil) del tribunal supremo condenó por “negligencia grave” a once magistrados del Constitucional al pago de una multa. Dicha resolución fue a continuación recurrida en “auto amparo” por los propios magistrados condenados y dirigido el recurso al mismo órgano que ellos integran. Esta situación, que provocó una crisis constitucional grave, nos colocó al borde del “esperpento judicial” y todavía no se conocen las secuencias finales de la situación producida. El buen funcionamiento de las instituciones estatales es básico para conseguir la confianza de la ciudadanía en los postulados básicos del Estado de derecho. Ni esta reforma, ni ninguna otra que el legislador pueda ofrecer, resolverán el problema de las dañadas relaciones existentes entre el Tribunal Constitucional (defensor máximo de la Constitución) y el Tribunal Supremo (cúpula de la judicatura ordinaria) si quienes conforman este órgano institucional, no entienden cuál es la función que tienen atribuida en la configuración que de las instituciones estatales se hace en la Constitución Española vigente. Si la reforma prevista en este punto no es necesaria en derecho, es llano que su fundamento es evitar el esperpento de un conflicto gratuito y poco previsible en términos de razón jurídica, que ha puesto en serio peligro nuestro esquema de justicia constitucional. Preservar este esquema es un objetivo apreciable y necesario a día de hoy.

V. REFORMAS PLANTEADAS DE NATURALEZA REGLAMENTARIA

La independencia del Tribunal Constitucional respecto a los demás órganos constitucionales (artículo 1.1 de su Ley Orgánica) se ve incrementada con la autonomía reglamentaria, administrativa y financiera de la que legalmente se halla dotado (artículos 2.2, 96 y ss., y disposición adicional segunda de la precitada Ley Orgánica). Esta forma de autonomía no es fruto de una exigencia constitucional sino de la voluntad del legislador orgánico que pretendió fortalecer la independencia de este órgano constitucional en razón de que es titular de una función estatal específica: la jurisdicción constitucional. En este sentido resulta constitucionalmente legítima la remisión normativa del artículo 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a los reglamentos del tribunal, que se refie-

ran a “su propio funcionamiento y organización” y también “al régimen de su personal y servicios”, materia que no se halla incluida en la reserva de ley orgánica del artículo 165 constitucional.

En la actualidad está vigente el Reglamento de Organización y Personal aprobado por acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 5 de julio de 1990 (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de agosto de 1990) que derogó el reglamento de 15 de enero de 1981. Este reglamento ha sido modificado parcialmente en 1994, 1999, 2001 y 2003. El ejercicio de esta potestad reglamentaria corresponde al Pleno del Tribunal Constitucional y queda ceñida a regular las materias que le ha asignado el legislador, sin compartirla en ningún momento con el gobierno.

Apreciamos en el proyecto de reforma que nos ocupa un exceso de celo por parte del legislador que, en nuestra opinión, pretende regular por ley orgánica materias que deben serlo en sede reglamentaria. No podemos olvidar que las leyes orgánicas, reguladas material y formalmente en el artículo 81 de la Constitución Española, son una categoría normativa de rango legal, que responden a una reserva material y a su vez disponen de un procedimiento especial de elaboración. La exigencia de una votación final, sobre el conjunto del proyecto, que para ser aprobada requiere mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, hace bastante difícil tanto la aprobación como la reforma de las mismas. Esto conlleva un peligro de petrificación del ordenamiento jurídico; de ahí que el legislador español se haya inclinado por la técnica legislativa de elaborar normas donde se especifica que unos preceptos tienen rango de ley orgánica y otros lo tienen de ley ordinaria. Esto no se aprecia en la reforma proyectada sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En cambio, sí se aprecia en la reforma planteada al artículo 15, la especificación en las funciones del presidente del Tribunal de cara al nombramiento de los letrados, convocatoria de concursos para cubrir plazas de funcionarios y puestos de personal laboral o el ejercicio de las funciones administrativas sobre el personal al servicio del mismo. Se detallan de forma prolija las funciones del secretario general, así como la enumeración de quienes se consideran funcionarios de dicho órgano constitucional, fijándose las incompatibilidades correspondientes. Se pone especial énfasis en la figura de los letrados en el artículo 97 y se detalla en extremo su forma de selección, sus funciones y sus incompatibilidades.

De nuevo surge la sombra de la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004, dictada como consecuencia de un recurso

de amparo inadmitido por el alto tribunal en el cual el recurrente alegaba violación de sus derechos fundamentales porque no se había convocado concurso-oposición para cubrir las plazas de letrados, tal y como señalaba la Ley Orgánica.

En una línea similar con la anterior situamos las referencias a la forma en que deberá cubrirse la plantilla de secretarios de justicia, la publicación de los autos, la presentación de escritos ante el Tribunal Constitucional, detalles específicos en la tramitación de los distintos asuntos o la cuestión de los derechos pasivos de quienes han trabajado al servicio de este órgano constitucional. Indudablemente este tema de función pública deberá aparecer regulado y resuelto conjuntamente con las previsiones sobre derechos pasivos para los restantes poderes del Estado y órganos constitucionales. La enmienda del Grupo Parlamentario Popular del Congreso propone la supresión de este tema del ámbito de la reforma porque, entre otras cuestiones, se aduce que fue introducido de forma precipitada por el gobierno en el último momento.

Consideramos que buena prueba de la escasa relevancia de estas cuestiones de carácter reglamentario, incluidas en la reforma que se discute en el Parlamento, es la práctica ausencia de enmiendas presentadas y las pocas planteadas carecen de interés porque son enmiendas de estilo, de supresión o de modificaciones en la redacción.

Para terminar este breve comentario queremos dejar plasmada nuestra preocupación sobre el éxito final de este insistentemente requerido proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El “*iter*” parlamentario se desenvuelve con tal lentitud que, teniendo en cuenta lo avanzado de la legislatura y las relaciones manifiestamente mejorables entre el partido en el gobierno y el partido mayoritario de la oposición política, puede suceder que se convoquen nuevas elecciones y este proyecto duerma el sueño de los justos. Tampoco podemos olvidar que reformar una Ley Orgánica requiere un mayor consenso político que una ley ordinaria. Esto, que sin duda es una garantía constitucional, dificulta la reforma de la institución que se protege con dicha norma.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Dykinson, 1980.

- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984.
- ÁLVAREZ CONDE, E., “Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1997.
- ALZAGA VILLAAMILL, O. (dir.), “Comentarios a las leyes políticas”, *Constitución Española de 1978*, t. XII: *Artículos 159 al final*, Madrid, Edersa, 1988.
- , *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978.
- AROZAMENA SIERRA, J., “Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional: balance de quince años”, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Tribunal Constitucional-CEC, 1995.
- BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- CANO MATA, A., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1986.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El recurso de amparo como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 98.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *Acerca de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo*, Salamanca, La Gaceta, 1994.
- , “Crisis constitucional y abuso del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 9, 2005. También en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 7. Valladolid, 2005. Y en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, México, 2006.
- , “La reforma actual del recurso de amparo constitucional”, *Libro homenaje al profesor Jordi Sole Tura*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2006 (en prensa). También en el núm. 6 de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARCÍA PELAYO, M., “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981.

- GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- KELSEN, H., “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)”; *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928.
- LÓPEZ GUERRA, L., *Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- LOZANO MIRALLES, J. y SACCOMANNO, A., *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídicos-organizativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- LUCAS MURILLO, P., “Los órganos constitucionales”, en BLAS, Andrés de (comp.), *Introducción al sistema político español*, Barcelona, Teide, 1983.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional, 2001.
- RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, CEC, 1993.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- , *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993.
- VARIOS AUTORES, *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, CEC, 1978.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Boloina, Il Mulino, 1977.

IL GIUDICE TRA ETICA, DIRITTO E LEGGE

Pierfrancesco GROSSI*

SOMMARIO: I. *I soggetti*. II. *La legge ed il diritto come sinonimi*. III. *La legge ed il diritto: una possibile distinzione basata sulla efficacia formale delle norme*. IV. *La legge ed il diritto: altra possibile distinzione coincidente con quella fra diritto scritto e non scritto*. V. *La legge ed il diritto come contrapposizione fra la singola norma e l'intero complesso normativo; il problema dell'equità*. VI. *Il significato dell'etica per la funzione del magistrato: il caso della legge ingiusta*. VII. *L'etica prevista o richiamata nella legge*. VIII. *L'etica come deontologia professionale*.

I. I SOGGETTI

La complessa problematica proposta oggi alla nostra riflessione richiede alcune riflessioni preliminari, intese a chiarirne i termini di riferimento.

Anzitutto in relazione al giudice, vale a dire a tutti gli organi cui nel sistema è commesso l'arduo compito di giudicare, reintegrando nella sua pienezza e nella sua effettività l'ordinamento violato od anche semplicemente contestato: risultino essi stabilmente inquadrati nei ruoli organici delle varie Magistrature oppure si definiscano come onorari; siano ordinarii —vale a dire inseriti nell'ordinamento giudiziario—, amministrativi e contabili o comunque speciali; di legittimità o di merito; civili o militari. Per essi si è altra volta posta in evidenza la peculiare posizione di organi della comu-

* È stato Magistrato dell'Ordine giudiziario dal 1959 al 1977, pervenendo alla qualifica di Consigliere di Corte d'appello e prestando servizio anche presso la Corte Costituzionale. Attualmente Direttore della Scuola di specializzazione per le professioni legali presso la Libera Università Maria SS. Assunta (LUMSA).

nità, pur se legati e collegati da un rapporto di servizio all'Amministrazione statale: posizione questa che sola può conferire loro quella condizione di terzietà che è particolarmente necessaria per tutte le controversie che vedano coinvolti lo Stato-soggetto e le istituzioni governanti, senza la quale cioè la persona dello Stato assumerebbe la duplice e contraddittoria veste di giudice e parte. È bene sottolineare, peraltro, ad evitare fraintendimenti sempre possibili e talvolta concretamente verificatisi: a) che quel loro *jus dicere* a nome del popolo (*cfr.* articolo 101 al. Cost.) non implica un rapporto né di rappresentanza, né di responsabilità politica verso di esso, posto che il sistema di provvista per gli uffici giurisdizionali, pur nella sua diversificata articolazione, si rivela ispirato a criteri tecnocratici; b) che, a sua volta, il popolo, pur definito sovrano all'art. 1 capv. della Costituzione, esercita la sua sovranità nelle forme e nei limiti di questa, per cui non può neppur esso disattendere, o pretendere che siano da altri disattese, nei casi concreti le leggi vigenti perché inopportune, ma può soltanto provocarne direttamente mediante referendum od indirettamente per il tramite delle Assemblee rappresentative la abrogazione.

È ancora da aggiungere sul punto che molte delle notazioni che seguiranno possono, e forse debbono, venir estese ai rappresentanti del pubblico ministero, anch'essi innegabilmente magistrati e chiamati ad esercitare "la funzione giurisdizionale" —quelli ordinari— dall'articolo 102 al. Cost., in quanto membri di "un Ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere" (articolo 104 al.) e come tali presenti o rappresentati nel Consiglio Superiore della Magistratura (articolo 104, terzo e quarto comma) e garantiti dallo stesso tipo di inamovibilità e di procedura disciplinare previste per i giudici (articolo 107, primo e secondo comma); tutelati dalla stessa indipendenza dei giudici quelli appartenenti alle giurisdizioni speciali (articolo 108 capitolo v.) e sempre indistintamente compresi nella comune dizione "Corte dei conti" quelli operanti presso tale Istituto (articolo 100, secondo e terzo comma; 103, secondo comma). Non è, tuttavia, né da dimenticare, né da sopravvalutare, la norma che, a differenza che per i giudici, rimette all'ordinamento giudiziario —e perciò affida alla riserva totale di legge al riguardo predisposta (articolo 108, primo comma)— la disciplina delle garanzie per il pubblico ministero (articolo 108, capitolo v.): ammettendo così la possibilità di una attenuazione della indipendenza, sotto il profilo interno all'ufficio, dei Sostituti rispetto al Procuratore della Repubblica e della Procura della Repubblica rispetto alla Procura Generale territorialmente competente. In

nessun caso mi sembra, peraltro, possibile argomentare da questa disposizione in favore della legittimità di una ipotetica riforma per mezzo di una legge ordinaria diretta ad introdurre la separatezza delle carriere, opponendosi l'ostacolo dell'articolo 107, terzo comma, che nell'ambito della comune ed unitaria categoria dei magistrati non consente altra distinzione, se non quella basata sulla diversità delle funzioni.

Proprio a questa fondamentale distinzione di funzioni, e con maggior precisione dovrebbe dirsi al modo del loro svolgimento, si ricollega la vera e profonda differenza fra gli uni e gli altri e consistente, rispettivamente, nella esclusiva soggezione alla legge (articolo 101 capitolo v.) e nell'obbligo di esercitare l'azione penale (articolo 112).

II. LA LEGGE ED IL DIRITTO COME SINONIMI

Con ciò, accantonando per il momento per ragioni di comodità espositiva la problematica che si riferisce all'etica, ci troviamo già alle prese con le difficoltà che suscita la prima delle distinzioni in esame: quella cioè fra la legge ed il diritto.

Ora, non è dubbio che in alcuni casi essa sia da respingere, come quando le due parole siano usate come sinonimi: *dura lex, sed lex* da un lato e *summum jus, summa iniuria* dall'altro ne offrono, nella saggezza popolare, diffusa ed inoppugnabile testimonianza. Nello stesso senso aggiungerei pare altrettanto incontrovertibile che proprio il principio, da ultimo ricordato, della esclusiva soggezione alla legge intenda riferirsi, nella sua testuale espressione, all'intero ordinamento e perciò al diritto oggettivo nel suo insieme, non diversamente da quanto avviene per il dovere di rispettare le leggi, sancito per tutti i cittadini all'articolo 54 al. Con la sola differenza, peraltro meramente formale, che nell'un caso la Costituzione è compresa e potrebbe forse dirsi confusa nell'insieme delle leggi, quasi a sottolinearne il comune significato precettivo e non meramente programmatico; nell'altro, invece, è stata distintamente menzionata, forse per evidenziare —nel ricordo di altre Carte costituzionali nelle quali l'espressione ha assunto e svolto un ruolo fondamentale per giustificare la introduzione di un sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi— che queste ultime, in tanto vanno osservate, in quanto non contrastino con quella. Ancora direi che legge e ordinamento coincidono nella regola di cui all'articolo 111, secondo comma, che garantisce il “ri-

corso in Cassazione per violazione di legge”, allo stesso modo in cui nelle norme sulla giustizia amministrativa con la violazione di legge si indica uno dei tre tipi di vizi che possono dar luogo ad impugnative innanzi ai T. A. R. ed al Consiglio di Stato.

In tutti questi casi ed ai fini predetti il giudice dovrà distinguere non fra legge e diritto, ma fra ciò che va considerato diritto o legge in base ad una scelta positiva dell'ordinamento statale e ciò che tale non è, pur godendo o potendo godere in questo di una innegabile rilevanza e di una garanzia di applicazione e pur avendo —considerato in sé ed in sede di teoria generale (almeno quella kelseniana)— natura normativa; in altre parole, fra il diritto dello Stato, sia pur largamente inteso, ed il diritto riconosciuto come esistente ed operante nel suo ambito. Penso, in particolare, a tutte le fattispecie di norme c.d. interne (regolamenti amministrativi, istruzioni, direttive, circolari, normali, ordini di servizio, bandi di concorso, eccetera.); penso al diritto straniero oggetto di rinvio formale diversamente da quello per così dire nazionalizzato attraverso un rinvio materiale; penso al c.d. diritto dei privati, la cui autonomia si realizza in contratti che hanno “*forza di legge fra le parti*” (articolo 1372 Codice Civile); agli accordi ed ai contratti collettivi di lavoro di diritto comune, ai regolamenti condominiali, a quelli di privati consorzi, agli atti costitutivi ed agli statuti delle fondazioni, delle associazioni con personalità giuridica e delle società commerciali, agli accordi fra gli associati in associazioni non riconosciute, agli statuti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica; alle sentenze che, una volta passate in giudicato, fanno stato con il loro accertamento ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa (articolo 2909 cod. civ.); agli atti amministrativi a contenuto generale ed a quelli destinati ad integrare disposizioni normative (elenchi di sostanze stupefacenti, di piante officinali, tabelle di giuochi proibiti, strumenti, piani e programmi urbanistici di vario genere e tipologia: territoriali, di coordinamento e paesistici, regolatori generali e particolareggiati, di fabbricazione e di lottizzazione, eccetera.).

La ricerca per il giudice verte il più delle volte sulla problematica identificazione del criterio implicitamente accolto nell'ordinamento per riconoscere, o meglio attribuire, il carattere della normatività: quello della generalità (ovvero della astrattezza per così dire orizzontale); quella della suscettibilità di indefinita applicazione nel tempo, anche se per una fattispecie predeterminata e circoscritta (ovvero della astrattezza per così dire verticale); quello relazionale, consistente nella capacità innovativa,

ed eventualmente pur solo derogatoria, rispetto al diritto preesistente; quello, infine, desumibile dalla sua finalità, ispirata all'esigenza di costituire l'ordinamento prima o più che rivolta alla cura di un puntuale e concreto interesse pubblico o privato. In secondo luogo, e solo se venga risolto positivamente quel primo quesito, l'indagine si sposterà sull'ulteriore interrogativo diretto ad accertare se le fonti di una tale normativa siano comprese nel novero di quelle del diritto statale.

Inoltre, per quel che attiene specificamente alla sua esclusiva soggezione alla legge, sono da aggiungere alcune peculiari notazioni. La prima è che tale regola non si propone, in realtà, come assoluta né indefettibile, ma soffre di una eccezione costituita dal vincolo che deriva per il giudice di rinvio dal principio di diritto fissato dalla Cassazione (articolo 384 al. e 143 att. Codice delle Procedure civile; 546 al. e 543, comma quinto, cod. proc. pen. 1930; 627.3 e 173.2 e 3 att. Codice delle Procedure Penali vigente): eccezione che la Corte costituzionale ha inutilmente tentato di misconoscere con la sentenza n. 50 del 1970, sulla scia di un analogo atteggiamento assunto dal *Bundesverfassungsgericht* (2a. sezione) con il *Beschluss* del 17 gennaio 1961, n. 9, e che invece trova la sua giustificazione —come acutamente ha rilevato d'Atena— grazie alla presenza in Costituzione degli articolo 111 capv., 104 terzo comma e 106 terzo comma.

La seconda si basa sulla constatazione che essa —sebbene maggiormente pregnante rispetto a quella che, in altri sistemi, obbliga al rispetto del precedente— si indebolisce quanto più dal legislatore, incapace o restio a scegliere ed incline piuttosto a mediare, si adottino formulazioni ambigue od incomplete facendo uso di clausole generali e nella loro generalità, quindi, a contenuto indeterminato, secondo un indirizzo che per queste ultime ha riscosso talvolta qualche motivo di plauso per la maggiore elasticità che ne deriva ad un sistema la cui normazione, stentando a seguire con la necessaria tempestività i ritmi imposti dalle esigenze e dallo sviluppo di una società in continua evoluzione, rischierebbe altrimenti una rapida obsolescenza. Certamente va dato atto che in questo modo si sono caricati, e meglio si direbbe scaricati, sulle spalle dei giudici compiti sempre più gravosi e che la supplenza di essi alle frequenti carenze e crisi nella funzionalità del Parlamento si è il più delle volte rivelata provvidenziale. Non può, peraltro, ignorarsi il pericolo che si ingeneri nel loro bagaglio professionale una tendenza che finirebbe per dirsi necessitata a compiere opzioni di sapore innegabilmente politico, una abitudine a creare più che ad interpretare il diritto, una aspirazione

ad emettere giudizi di valore senza conoscere il peso della correlativa responsabilità. Quanti non sempre infondatamente lamentano e deplorano un processo di progressiva politicizzazione della Magistratura e lo imputano a sete di potere da parte dei giudici dovrebbero forse riflettere con maggiore attenzione su alcune delle più importanti cause del fenomeno.

La terza nasce dal rilievo che la soggezione in esame presuppone la validità della norma da applicare e che in difetto di tale presupposto sorge anzi il dovere puntualmente contrario di non applicarla.

III. LA LEGGE ED IL DIRITTO: UNA POSSIBILE DISTINZIONE BASATA SULLA EFFICACIA FORMALE DELLE NORME

A questo punto, peraltro, ci si accorge che l'analisi del modo di adempiere siffatto dovere introduce il criterio per una prima possibile distinzione fra legge e diritto, qualora si voglia intendere per l'una l'atto normativo così denominato ed approvato dal Parlamento, dai Consigli regionali e da quelli delle Province autonome di Trento e Bolzano, nonché gli atti ad essa equiparati sotto il profilo della forza formale; per l'altro, invece, tutte le rimanenti fonti e norme dell'ordinamento.

Con la conseguenza che per queste ultime il controllo sulla validità si svolge in una maniera diffusa e compete ad ogni giudice; per le prime, invece, risulta accentrato nella Corte costituzionale, ai giudici comuni spettando unicamente la competenza a sollevare anche d'ufficio la relativa questione quando non appaia manifestamente infondata e si riveli rilevante ai fini della decisione della controversia di cui sono investiti.

Così impostata la distinzione, gli aspetti più delicati riguardano la individuazione degli altri atti aventi forza di legge, oltre alle leggi delegate, ai decreti legge, a quelli che contengono norme di attuazione per gli statuti delle regioni ad autonomia speciale, agli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria, ai bandi militari, alle pronunce referendarie qualora sia risolto affermativamente —come sembra da condividere— il dubbio circa la loro normatività. Il criterio che pare preferibile, o che appare comunque diffusamente accolto, è quello relazionale, basandosi sulla idoneità dell'atto ad abrogare le leggi anteriori e sulla sua resistenza ad essere abrogato se non da leggi posteriori.

Quanto ai decreti legge, peraltro, non può non notarsi che tanto dai giudici comuni, quanto e soprattutto da quello costituzionale, sia stata

completamente trascurata quella autorevolissima, sebbene minoritaria, dottrina, che, ripristinata l'antica tricotomia tra l'obbligatorietà (per i cittadini), efficacia (per gli organi amministrativi dipendenti) e validità (per i giudici) della legge, riconosceva a tali atti soltanto la seconda delle tre enunciate caratteristiche, coerentemente al disposto del secondo comma dell'articolo 77 che li definisce come "*provvedimenti provvisori con forza di legge*" e conformemente al primo comma dello stesso articolo che contiene il divieto di assegnare loro il "*valore della legge ordinaria*", nonché al suo terzo comma che muovendo dalla premessa certa della loro originaria invalidità ne prevede i tempi utili per la conversione in legge. Più chiaramente, l'atto, posto in essere in casi straordinari di necessità e di urgenza, si imporrebbe per la sua forza equiparata a quella della legge a tutti pubblici uffici, non vincolerebbe tuttavia direttamente i privati, né potrebbe venir applicato dai giudici nel bimestre di oggettiva incertezza caratterizzato dalla sua invalidità e, pertanto, dalla attesa della sua eventuale conversione in alternativa alla sua retroattiva decadenza. L'aver negletto questa impostazione ha prodotto una serie di gravissimi inconvenienti, tali da ingenerare una innegabile situazione di incertezza del diritto: decisioni giudiziarie definitive od anche interlocutorie che *in itinere* rischiavano di perdere il loro fondamento e venivano sino alla decisione n. 360 del 1996 della Corte costituzionale transitoriamente puntellate da una teratologia di interventi ortopedici diretti a reiterare persino retroattivamente nell'arco complessivo talvolta di ben quattro anni ed in un caso sino a venticinque volte il contenuto dei decreti non convertiti. E ciò —grazie anche all'ambiguo silenzio dell'articolo 15, comma secondo, lett. c) della legge n. 400 del 1988, che si limitava a vietare unicamente la riproposizione dei decreti non convertiti a seguito di esplicito rifiuto del Parlamento— nella elusione del principio che sancisce la loro decadenza ed in violazione della norma che riserva esclusivamente alle Camere la facoltà di regolare con legge i rapporti sorti sulla base di essi (articolo 77, ultimo comma). Parallelamente accadeva —e può tuttora accadere— che questioni di legittimità ad essi relative vengano rimesse alla Corte costituzionale, ma poi, nelle more del giudizio di questa, smarriscono la loro ragion d'essere.

Sempre nell'ambito della distinzione così tracciata tra legge e diritto, non può neppure dimenticarsi il potenziale conflitto che, in occasione delle c.d. pronunce interpretative di rigetto, ha opposto il giudice del processo principale alla Corte, quanto all'effettivo significato da dare alla

disposizione denunciata: l'uno rivendicando la sua insopprimibile libertà interpretativa delle leggi, l'altra il compito di ricondurre ed armonizzare —quando possibile— queste alla luce del diritto costituzionale. Mentre, secondo l'opinione maggiormente persuasiva, non sembra che il giudice *a quo* possa venir limitato nella sua funzione se non in senso negativo, vale a dire a non insistere nella esegesi della legge che la Corte abbia scartato, senza peraltro alcun impedimento a ricercare una terza possibile lettura che appaia compatibile con la logica dell'ordinamento e con i precetti costituzionali, certamente tutti gli altri giudici non vengono minimamente vincolati da pronunce di rigetto che operano con efficacia *inter partes*. Di qui l'eventualità che una legge, divenuta diritto vivente per la concorde interpretazione dei giudici comuni, prevalga nell'ordinamento su quella risultante dalla ricostruzione del solo giudice costituzionale e costringa questo, se nuovamente investito della stessa questione, ad adoperare lo strumento della pronuncia interpretativa di accoglimento.

IV. LA LEGGE ED IL DIRITTO: ALTRA POSSIBILE DISTINZIONE COINCIDENTE CON QUELLA FRA DIRITTO SCRITTO E NON SCRITTO

Sotto altro profilo, la tematica del giudice posto fra legge e diritto può, invece, ricostruirsi identificando la prima con il diritto scritto ed il secondo con il diritto non scritto o, più precisamente, l'una con il diritto formulato e l'altro con quello non formulato. La contrapposizione si apparenta, anche se non coincide per intero, con quelle fra le disposizioni poste da fonti atto ed il diritto derivante da fonti fatto, fra disposizioni e norme, oltre che fra regole e principii. E si riflette in qualche modo anche sul terreno delle fonti di cognizione, altra essendo la difficoltà di apprendere ed interpretare il testo di una legge che consta di puntuali prescrizioni, pur nella inevitabile incertezza che discende dalla struttura parzialmente aperta e semanticamente polivalente del linguaggio in genere e di quello giuridico in specie; altra ancora quella di cogliere l'esistenza ed il senso di norme che l'interprete, e perciò anche e soprattutto il giudice, deve ricostruire e poi descrivere indagando, per esempio, sugli effetti prodotti dalla necessità come fonte del diritto o sui significati deontologici emergenti dai comportamenti consuetudinari dei consociati.

Vengono qui in rilievo una serie di problematiche cui è possibile solamente fare un sobrio e sintetico accenno per segnalare l'intensità e la di-

versità dell'impegno che si richiede al giudice, destinato quotidianamente ad operare fra legge e diritto.

Così, per esempio, quanto alle fonti atto è da interrogarsi sulla possibilità di esistenza di disposizioni prive di reale contenuto normativo e da chiedersi altresì se queste, quand'anche giuridicamente insignificanti allorché valutate isolatamente come i preamboli, le mere dichiarazioni di intenti, le affermazioni di assiomi filosofici o le enunciazioni di ideali e di programmi politici, non acquistino o recuperino un valore normativo, se lette in unione ed in correlazione ad altre norme compresenti nel sistema che con quelle reciprocamente si completino e si integrino.

Relativamente alle fonti fatto, invece, rimane da accertare e chiarire il misterioso e controverso fondamento di quelle *extra ordinem*, che riescono ad entrare in vigore cioè nonostante l'assenza o addirittura il divieto di una apposita regola sulla produzione: si ricordi in proposito l'insegnamento del Romano, secondo cui non solo la consuetudine *contra* o *praeter legem*, ma anche quella *secundum legem* è da ritenere “*un fatto di per sé normativo*”, perché “*se la legge si richiama ad una consuetudine e non ad un uso di fatto, ciò vuol dire necessariamente che non è la legge che alla prima attribuisce il carattere di fonte del diritto, ma che tale carattere preesiste e dalla legge è soltanto riconosciuto, oppure le vengono riconnessi ulteriori effetti*”.

La distinzione fra le due categorie di fonti predette rileva, del resto, per il giudice anche nel limitato settore dei principii giuridici.

Si pensi, da un lato, a quelli fissati esplicitamente nelle leggi di delegazione come limiti per i decreti delegati od ancora a quelli contenuti implicitamente in tutte le leggi, intese come singole disposizioni normative, che ne seguono il grado, valgono come parametro per il controllo delle fonti inferiori e si utilizzano ai fini dell'*analogia legis*; dall'altro, a quelli denominati generali in quanto diffusi nell'intero ordinamento e perciò emergenti anche da fonti fatto, privi conseguentemente di una propria qualificazione gerarchica, cui si ricorre per l'*analogia juris*. Si pensi, pure, per la prima categoria, a quelli fondamentali delle materie, enunciati dalle leggi cornice o desumibili dalla preesistente legislazione statale nel settore, indicati come vincolo per la legislazione regionale concorrente o ripartita; per la seconda, invece, a quelli, chiamati ancora una volta generali dell'ordinamento ma in un senso diverso dal precedente, perché si impongono come limite anche alla potestà legislativa piena od esclusiva e non possono, quindi, trarsi da questo stesso tipo di fonti o da fonti di

rango inferiore. Si pensi, infine, ai principi della Costituzione, formalmente inseriti cioè in quella legge fondamentale, scritta e rigida, che sovrasta tutte le altre ed ai principi istituzionali dell'intero ordinamento costituzionale, materialmente inerenti secondo la nota concezione del Romano alla stessa esistenza e struttura dello Stato, di ogni tipo di Stato.

V. LA LEGGE ED IL DIRITTO COME CONTRAPPOSIZIONE FRA
LA SINGOLA NORMA E L'INTERO COMPLESSO NORMATIVO;
IL PROBLEMA DELL'EQUITÀ

Queste ultime esemplificazioni richiamano, infine, un terzo possibile scenario sul quale si muove l'opera del giudice tra legge e diritto, contrapponendosi la singola disposizione o norma al diritto come complesso normativo che ne orienta e ne condiziona la interpretazione.

Da un tale punto di vista il giudice avverte, infatti, il frequente verificarsi di antinomie e si adopera per dirimerle, volta a volta applicando criteri di specialità, di sussidiarietà, di successione cronologica, di prevalenza gerarchica o di competenza, che ne impediscano le paventate collisioni. Nella stessa prospettiva, ma in senso diametralmente opposto, a lui tocca altresì di intervenire per colmare le inevitabili lacune ed anomalie presenti nelle leggi alla luce della indefettibile completezza dell'ordinamento statale, con l'uso del già menzionato strumento della analogia ed ove questo non sia tecnicamente o giuridicamente consentito, ricorrendo come ultima *ratio* all'argomento *a contrario*. Credo che qui si tocchi con mano come il senso delle norme che pur concorrono a comporre ed alimentare il complesso del diritto oggettivo muti di continuo per effetto della connessione che in esso si realizza e che vive una sua dinamica e ne determina un costante rinnovamento, non di rado operando una eterogenesi dei fini, pur quando i testi normativi permangano inalterati nella loro lettera.

Ne discende, fra l'altro, che il tradizionale e fondamentale principio, secondo cui *jura novit curia*, pare correttamente e realisticamente da intendere nel senso di un dovere istituzionale per l'organo giudicante di conoscere le singole fonti, sollevando le parti dal corrispondente onere probatorio, più che in quello di una situazione esistenziale di effettiva conoscenza del sistema, solo approssimativamente intuito più che definitivamente acquisito e ricostruito una volta per tutte nella sua totalità e completezza.

Da ultimo, ma non per ultimo, il confronto così impostato fra legge e diritto offre occasione per apprezzare come questo, a differenza di quella, permetta e talvolta richieda (cfr. articolo 113 capitolo v. Codice delle Procedure Civili) al giudice di non decidere una lite secondo un parametro giuridicamente precostituito, ma in base ad un criterio che meglio si attaglia al caso concreto, ispirandosi ad equità, o meglio al suo soggettivo sentimento di equità e di giustizia.

VI. IL SIGNIFICATO DELL'ETICA PER LA FUNZIONE DEL MAGISTRATO:
IL CASO DELLA LEGGE INGIUSTA

L'atteggiamento del giudice innanzi al problema dell'etica comporta, a sua volta, che se ne chiariscano tre diverse possibili impostazioni.

C'è anzitutto un'etica che investe direttamente la persona che ricopre la carica, più che l'organo chiamato a giudicare, e riguarda il comportamento da tenere di fronte alla legge ingiusta da parte di un soggetto che abbia assunto l'impegno solenne, ed asseverato da giuramento, di fedeltà all'ordinamento e di adempimento delle proprie funzioni con disciplina e con onore. È questo un tema classico che coinvolge la libertà di coscienza del giudicante, sul quale ho avuto modo di diffondermi in qualche considerazione proprio in questa sede in occasione di un breve incontro dei Giuristi Cattolici l'anno scorso: e nello scarso lasso di tempo trascorso non mi è avvenuto di cambiare le idee allora esposte.

Ricordavo in quella circostanza come anche un giurista appassionato e passionale come Calamandrei, ma di una grande religiosità laica, avesse affermato che

un caso di coscienza tra i più angosciosi e patetici, che possono presentarsi nella vita pratica del diritto, è quello del giurista che sia chiamato ad applicare come giudice... una legge che moralmente gli ripugna. Egli si sentirà tentato, nell'interpretarla, a farla apparire non come sa che è, ma come vorrebbe che fosse: sarebbe portato, pur senza potersi apertamente ribellare ad essa, ad attenuarla, ad aggirarla, ad introdurre distinzioni e riserve volte a farle impaccio e ad impedirle di nuocere. Ma, così facendo, agirà da politico, non da giurista: anche il "sabotaggio" delle leggi può essere per chi è chiamato ad applicarle uno strumento di azione rivoluzionaria, ma non certo un metodo di ricerca scientifica...

Ed aggiungevo il monito che in un famoso Convegno tenutosi a Gazzada l'11 ed il 12 giugno del 1949 aveva formulato ai Giuristi Cattolici

Carlo Esposito, richiamandosi alla necessità di ricondurre sempre al sistema la legge o la singola norma ingiusta e manifestando la sua fede ottimistica nella impossibilità del totale imbestialirsi dell'uomo. E tuttavia non eludeva il quesito di fondo e non mancava di interrogarsi sul punto "se dopo avere esperito tutti i mezzi che sono a disposizione del giurista nella sua opera di riduzione a sistema delle norme, una singola legge (ingiusta) non si lascia interamente assorbire nel sistema stesso, ma offre, fuori dal sistema, un residuo normativo ineliminabile..., il giurista come deve in concreto emettere la sentenza, quale atteggiamento magistratuale deve assumere?". La risposta era ed è e "non può che essere questa: al giurista come tale non rimane che accettare la norma ingiusta ed accettarla come diritto... Il giudice, se potrà, si muoverà —come uomo, come cittadino, come individuo— con la rivoluzione: ed il cattolico, in ispecie, di fronte a certe circostanze, dovrà spogliarsi delle sue qualità di giurista, per mantenere quella di cattolico...".

La risposta è la medesima che un grande giurista cattolico ed altissimo magistrato, quale è stato Vincenzo Chieppa, aveva confermato e convalidato nella sua lunga ed operosa esistenza con una esemplare testimonianza di vita. Nel senso, cioè, che,

quando una frattura insanabile si producesse tra la norma iniqua del diritto positivo e la coscienza del cattolico; quando l'obbedienza alla legge portasse ad annullare l'inalienabile libertà religiosa e morale dell'individuo, allora il cittadino avrebbe il dovere di opporre la ribellione aperta, anche a costo di subire dure conseguenze; il giudice l'obbligo di abbandonare la toga, poi che, finché tiene l'ufficio, deve lealmente applicare la legge, quale essa è.

VII. L'ETICA PREVISTA O RICHIAMATA NELLA LEGGE

Vi è, però, anche un'altra etica da tener presente, che riferirei viceversa all'ufficio più che alla persona che ne è titolare. Si tratta dell'etica richiamata dai concetti valvola, affidati cioè dalla legge alla concreta determinazione dei giudici, come buon costume e pubblica decenza, ordine pubblico in senso ideologico, buona fede, esistenza libera e dignitosa, interesse generale, utilità generale, utilità sociale, funzione sociale, fini sociali, senso di umanità, iniquità delle condizioni nelle obbligazioni contrattuali (articolo 1447 al. Codice Civile), interesse apprezzabile all'adempimento parziale di un contratto a prestazioni corrispettive (articolo

1464 Codice Civile), essenzialità del termine fissato per una prestazione contrattuale (articolo 1457 Codice Civile), ingiustizia del profitto, contrarietà all'ordine od alla morale delle famiglie, ecc.

In tali fattispecie, ed a differenza che nel caso dell'equità già innanzi ricordato, il giudice non è libero di completare il dettato della legge con una opzione politica basata su una preferenza soggettiva per alcuni valori esterni ed estranei alla previsione normativa, né di fare applicazione della sua etica personale, ma è obbligato ad accertare in fatto quale sia la nozione etica prevalente in quel dato momento storico ed in quel dato ambiente sociale anche se da lui non condivisa, giustificando poi la sua ricostruzione con adeguata e non contraddittoria motivazione, per modo che se ne possa controllare la fondatezza. La legge, infatti, non si presenta incompleta né incompiuta, poiché indica nozioni che, sebbene in astratto indeterminate e variabili, risultano *ab initio* determinabili in concreto proprio attraverso l'opera del giudice.

VIII. L'ETICA COME DEONTOLOGIA PROFESSIONALE

C'è poi, per concludere, da menzionare un'etica concernente i comportamenti che il giudice deve tenere in ufficio e fuori ufficio. Al riguardo è stato recentemente adottato, com'è noto, dal Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati un codice etico, a seguito di un'ampia consultazione degli interessati.

È un documento di notevole impegno e di indiscutibile valore deontologico, anche se il suo contenuto non può dirsi ad un primo e sommario esame caratterizzato da omogeneità nelle prescrizioni. Alcune delle quali, come, per esempio, quelle dell'articolo 5 che vietano ai magistrati di utilizzare indebitamente le informazioni di cui si dispone per ragioni di ufficio, di fornire o richiedere informazioni confidenziali su processi in corso o di effettuare segnalazioni dirette ad influire sullo svolgimento o sull'esito di essi, o come quella di cui all'articolo 10 primo comma, che proibisce di servirsi del proprio ruolo per ottenere benefici o privilegi, presentano verosimilmente rilevanza penale e più precisamente potrebbero rientrare nella fattispecie dell'abuso di ufficio. Sotto questo aspetto allora può sembrare superfluo, ma forse non lo è, che si mettano in guardia i giudici dal porre in essere condotte che integrino gli estremi di un delitto.

Sotto altro profilo, invece, vorrei parimenti segnalare una previsione che può apparire anch'essa tecnicamente inutile, ma probabilmente non

lo è da un punto di vista strettamente pedagogico. Alludo al dovere del magistrato, sancito all'articolo 9, primo comma, di rispettare *“la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione”*. Se i giudici sono soggetti alla legge, come vuole l'articolo 101 capv. della Costituzione, va da sé che vale anche per essi, e soprattutto per essi che devono quotidianamente ed istituzionalmente applicarla, il principio di cui all'articolo 3, il quale proclama che *“tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”*.

Maggiore utilità mi sembra, piuttosto, abbia quel codice con riferimento ad alcuni problemi che anche di recente sono stati vivacemente dibattuti. A fronte della molto ampia e per molti versi forse pericolosa formula recata dall'articolo 18 della legge sulle guarentigie del 31 maggio 1946, n. 511, che, senza una adeguata tipizzazione, commina sanzioni per *“il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario”*, regole come quella dell'art. 8, secondo comma, secondo cui il magistrato *“evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine”* e soprattutto come quella dell'articolo 7, secondo cui egli *“non aderisce ad associazioni che richiedono la prestazione di promesse di fedeltà o che non assicurano la piena trasparenza sulla partecipazione degli associati”* contribuiscono ad eliminare alcune incertezze ed offrono una sufficiente concretezza di contenuti. In questo, e solo in questo senso, non mi sentirei di condividere del tutto la premessa che colloca il codice predetto su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari. Tant'è che nelle due fondamentali decisioni, rese dalla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura il 13 gennaio ed il 3 marzo del 1995, esso ha trovato sul punto autorevolissima e convincente conferma. Ed anzi deve in proposito sottolinearsi che nella seconda delle due pronunzie, importanza decisiva è stata riconosciuta, ai fini dell'assoluzione dell'incolpato, alla circostanza che all'epoca in cui era avvenuto il fatto contestato *“non era certamente ancora emerso a livello di coscienza collettiva e di opinione pubblica il disvalore della iscrizione alla massoneria da parte dei magistrati”*. Esimente questa che non potrebbe evidentemente oggi più invocarsi.

Ma il pregio maggiore del documento sta, a mio avviso, nella sua impostazione comprensiva tanto dei comportamenti osservati in ufficio, quanto di quelli fuori ufficio, tanto cioè della condotta pubblica, quanto di quella privata, in ciò ribadendo l'adesione ad entrambi i profili presenti nella dicotomia esistente nell'articolo 18 della legge n. 511 citata e richiamati anche nella sentenza n. 100 del 1981 della Corte costituzionale, secondo la quale "i magistrati, per dettato costituzionale, debbono essere imparziali ed indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del loro compito", soggiungendo ancora che "i principii anzidetti sono quindi rivolti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere nella pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero Ordine giudiziario... che si concreta nella credibilità dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa". Osservazioni queste tanto più attuali ed imprescindibili in una fase in cui l'esercizio del diritto di difesa degli imputati sembra sempre più spesso battere il sentiero che esplora e rende pubbliche frequentazioni, amicizie, ambienti e vicende che ineriscono alla condotta privata del magistrato che sostiene l'accusa o che è incaricato del giudizio, nel palese tentativo di minarne l'attendibilità o di turbarne la serenità.

I valori dell'etica si saldano, dunque, indissolubilmente a quelli giuridici strettamente intesi che chiaramente li richiamano, né si vede come potrebbero da essi fare astrazione. Per cui ne rimangono inevitabilmente sconfitte quelle opinioni, pseudo liberali e pseudo garantistiche, secondo cui, tolta l'udienza e chiuso l'ufficio, i magistrati potrebbero al pari degli altri cittadini liberamente assumere tutti quei comportamenti e spregiudicatamente praticare tutte quelle condotte che non costituiscano illeciti giuridici, non avendo altro giudice né incorrendo in altra responsabilità che innanzi al tribunale della propria coscienza.

Senonché la frequenza e la ripetitività di siffatto luogo comune fa talvolta sorgere il dubbio in proposito che i fautori di queste tesi si pongano, consapevolmente od inconsapevolmente, interessatamente oppure no, come emuli di quel giudice di cui narra Honoré de Balzac, il quale soleva dichiarare con palese soddisfazione: ho lottato tutta la notte con la mia coscienza, ma alla fine ho vinto io!

SE I GIUDICI CREINO DIRITTO

Riccardo GUASTINI*

SOMMARIO: I. *“I giudici creano diritto”*: quattro tesi. II. *Critica*. III. *Una tesi alternativa*. IV. *Riferimenti*.

I. “I GIUDICI CREANO DIRITTO”: QUATTRO TESI

I giudici creano diritto? Tutto il pensiero giuridico moderno (intendo: successivo alla Rivoluzione francese) è ossessionato da questa domanda.¹ Ebbene, io vorrei contribuire non a risolvere il problema, ma a dissolverlo.

Beninteso, si sta parlando qui della tesi teorico-generale secondo cui i giudici creano diritto in ogni ordinamento possibile. Una tesi siffatta non descrive il diritto vigente in un ordinamento determinato, ma descrive (o pretende di descrivere) la funzione giurisdizionale in quanto tale, la sua struttura profonda, la sua natura riposta. Che i giudici creino diritto, peraltro, può essere sostenuto anche in sede dottrinale o dogmatica, con riferimento ad uno specifico ordinamento.

(a) In un senso, ad esempio, si può dire che i giudici creino diritto —e siano autorizzati a farlo— negli ordinamenti di *common law*, in virtù della regola del precedente vincolante.

(b) In un altro senso si può dire che, nei sistemi di controllo accentrato, creino diritto i giudici costituzionali —di nuovo, essendo autorizzati a

* Dipartimento di Cultura Giuridica “Giovanni Tarello”, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Genova.

¹ Contributi fondamentali sul tema sono Carrió, G. R., “I giudici creano diritto”, in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; e Bulygin, E. “Sentenza giudiziaria e creazione di diritto”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torino, vol. I, 1987.

farlo— dal momento che annullano norme di legge con effetti *erga omnes*, e l'annullamento di una legge è atto “sostanzialmente” legislativo.

(c) In un altro senso ancora si può dire che creino diritto i giudici costituzionali – pur non essendo a ciò autorizzati – quando pronunciano sentenze “additive” e “sostitutive”.²

Orbene, la tesi – tipicamente “realistica” – secondo cui, sì, i giudici creano diritto conosce almeno quattro varianti.

(1) Una prima variante, debolissima (e, in verità, niente affatto realistica), è la tesi che i giudici creino diritto solo occasionalmente, quando “manipolano” i testi normativi, allontanandosi dal loro significato “naturale”.³

(2) Una seconda variante, ancora debolissima, è la tesi che i giudici contribuiscano alla creazione del diritto solo occasionalmente: in modo “interstiziale”, come si usa dire, quando incontrino e colmino lacune.⁴

(3) Una terza variante, debole, è la tesi che i giudici, concretizzando norme generali, creino norme individuali e, per questa via, contribuiscano sempre alla creazione del diritto, inteso, appunto, come insieme di norme generali e individuali.⁵

(4) Una quarta variante, forte, è la tesi che i giudici, decidendo il significato dei testi normativi, creino tutto il diritto, inteso per l'appunto come insieme (non di testi, ma) di significati, sicché non vi è alcun diritto preesistente alle decisioni giurisdizionali: non vi è, per così dire, altra fonte di diritto che la giurisprudenza.⁶

² Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, capitolo IX.

³ Questo modo di vedere è implicito nella diffusa dottrina cognitivista del l'interpretazione: la dottrina, cioè, secondo cui l'interpretazione giudiziale è atto di conoscenza, non di volontà.

⁴ Cfr. ad es. la *dissenting opinion* di Justice Holmes in *Southern Pacific Co. vs. Jensen*, U.S. Supreme Court, 1917 (244 U.S. 205), in M. R. Cohen, F. S. Cohen (eds.) 1951, 455: «I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially». Cfr. anche Cardozo, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, 1921, p. 113: «He [the judge] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law».

⁵ Questo modo di vedere si può ricondurre a Kelsen, H., “Sulla teoria dell'interpretazione” (1934), in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989; *id.*, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. inglese di B. Litschewski and S. L. Paulson, Oxford, 1992, cap. VI; *id.*, *Théorie pure du droit* (1960), trad. francese di Ch. Eisenmann, Paris, 1962, titolo VI.

⁶ Questo modo di vedere si può ricondurre a Gray, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, Nueva York, 1948, pp. 102, 125 e 170; Troper, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, pp. 332 e ss.;

Tuttavia, nessuna di queste quattro tesi⁷ è persuasiva.

II. CRITICA

(1) La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazioni “false”. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno diacronicamente equivoco:⁸ sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni “vere” e interpretazioni “false”. Quale mai dovrebbe essere il criterio di verità delle tesi interpretative?

Privata del suo presupposto, la tesi in esame risulta del tutto inconsistente.

(2) La seconda tesi – i giudici creano diritto quando colmano lacune – è, a ben vedere, un’ovvietà. E’ ovvio, infatti, che per creare una lacuna occorra creare diritto: colmare una lacuna può solo consistere nel creare una norma fino a quel momento “mancante”, e dunque una norma “nuova”. Tuttavia, la tesi in esame omette di precisare che le lacune non precedono l’interpretazione, ma al contrario ne dipendono.⁹

(i) In primo luogo, l’interpretazione può *prevenire* una lacuna, evitarla: nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che la lacuna neppure si presenti.¹⁰

id, “Una teoria realista dell’interpretazione”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999; *id.*, *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, capitolo V. Su Troper cfr. Guastini, R. “Michel Troper sur la fonction juridictionnelle”, in *Droits*, 37, 2003.

⁷ Stranamente tutte e e on, Oxford, *op. cit.*, noti 4, capitolo VI; Id. quattro le tesi enumerate sono state sostenute da Alf Ross in opere diverse corrispondenti a fasi diverse del suo pensiero: rispettivamente Ross A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, 1929; *id*, *On Law and Justice*, London, 1958; cfr. Guastini, “Ross sul diritto giurisprudenziale”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004.

⁸ Guastini, R., “Lo scetticismo interpretativo rivisitato”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006.

⁹ Guastini, R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001, pp. 163 e ss.

¹⁰ Quando ad una *prima interpretazione* (o interpretazione *prima facie*) nessuna disposizione esprime una norma idonea a regolare la fattispecie in esame, spesso l’interprete procede ad una *seconda interpretazione* (o *re-interpretazione*) attribuendo ad una qual-

(ii) In secondo luogo, l'interpretazione, come può evitare le lacune, così può anche *produrle*:¹¹ nel senso che i testi normativi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che una lacuna si presenti.

Esempio paradigmatico: si considerino le possibili interpretazioni dell'art. 89, comma 1, cost. il quale esige che gli atti del Capo dello Stato siano controfirmati dai «ministri proponenti». Se si intende questa disposizione nel senso che si riferisca solo a quegli atti che il Capo dello Stato adotta, per l'appunto, a seguito di proposta ministeriale, ecco che si presenta una lacuna: la costituzione non disciplina in alcun modo gli atti che il Presidente adotta di sua propria iniziativa (in assenza di proposte ministeriali). Ma, se per contro la si interpreta (alla lettera) nel senso che si riferisca a tutti gli atti presidenziali senza eccezioni, ecco che la lacuna magicamente si dilegua: giacché, da questo punto di vista, semplicemente non si danno atti presidenziali che non siano preceduti da proposta ministeriale.¹²

Questa considerazione sconsiglia di escludere, troppo frettolosamente, che i giudici creino diritto in assenza di lacune: come se, in assenza di lacune, le norme giuridiche fossero integralmente già date al giudice prima di ogni interpretazione.

(3) La terza tesi —i giudici, concretizzando norme generali, creano norme individuali— malgrado la sua apparente ragionevolezza è, a ben vedere, fallace.¹³

La “concretizzazione” di una norma generale, ossia l'applicazione di una norma generale ad un caso concreto, consiste banalmente in un ragionamento deduttivo del tipo seguente:

che disposizione un significato diverso in modo tale che nessuna lacuna si presenti. Cfr. Chiassoni, P., “L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi”, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990.

¹¹ Beninteso, la creazione interpretativa di una lacuna, da parte di un giudice, non prelude ad una sentenza di *non liquet*, ma è preordinata alla costruzione di una norma inespressa idonea a dare soluzione al caso (in questo senso tutte le lacune sono, come dice Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 454, “effimere”: sono create solo per essere immediatamente colmate). D'altro canto, la creazione interpretativa di una lacuna da parte di un giurista prelude ad un'operazione di politica del diritto: secondo i casi, una raccomandazione *de lege ferenda* o *de sententia ferenda*.

¹² Sorrentino, F., “I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto”, in *Diritto e società*, 1987.

¹³ Bulgin, E., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 7 e ss.

- (i) I contratti devono essere adempiuti;
- (ii) x è un contratto;
- pertanto
- (iii) x deve essere adempiuto.

L'enunciato (i) costituisce la norma generale applicata. L'enunciato (ii) sussume la fattispecie concreta sotto la norma generale. L'enunciato (iii) infine costituisce la norma individuale che, per l'appunto, concretizza la norma generale in relazione al caso di specie.

Ebbene, all'evidenza, la norma individuale (iii) è dedotta dalla norma generale (ii) in congiunzione con l'enunciato sussuntivo (ii). Ora, francamente, non sembra appropriato chiamare "creazione" una semplice deduzione.¹⁴ Non diremmo che costituisca una genuina "scoperta scientifica" l'inferenza "Socrate è mortale", a partire dall'enunciato "Gli uomini sono mortali" in congiunzione con l'enunciato "Socrate è un uomo".

Insomma, se e quando il giudice crea qualcosa, questo non sarà mai la norma individuale (contenuta nel dispositivo), ma sarà piuttosto la norma generale (contenuta in motivazione) che dà fondamento alla decisione. Se la norma individuale non fosse dedotta da una norma generale (in congiunzione con un enunciato sussuntivo), la decisione sarebbe arbitraria. In questo caso, e solo in questo caso (sentenza arbitraria), si potrebbe sensatamente dire che il giudice ha "creato" la norma individuale contenuta nel dispositivo.

(4) La quarta tesi si regge su un'assunzione ineccepibile e su un'assunzione evidentemente falsa.

E' ineccepibile che i testi normativi siano equivoci, esprimano cioè una pluralità di significati alternativi, e che pertanto il significato dei testi normativi non preesista all'interpretazione, ma sia – in un senso – il suo risultato.¹⁵ D'altra parte, se si conviene che le norme siano non enunciati, ma significati, allora si dovrà pure convenire che le norme siano il prodotto non della legislazione (in senso "materiale"), ma dell'interpretazione.

Ma è falsa l'assunzione che tutti testi normativi siano soggetti ad interpretazione giudiziale e che, pertanto, tutto il diritto sia il prodotto dell'interpretazione giudiziale.

¹⁴ In tal senso, del resto, si esprime anche Kelsen, H., *op. cit.*, note 5, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, p. 338; *cfr.* Troper, *op. cit.*, note 6, p. 77.

¹⁵ E' tesi ricorrente nei lavori di G. Tarello: *cfr.* Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974 e *id.*, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

E' certo sostenibile che le norme di diritto civile e penale siano rivolte, in ultima istanza, ai giudici, malgrado ciò non sempre risulti evidente dalla loro formulazione.¹⁶ Ma è insostenibile che siano rivolte ai giudici, ad esempio, tutte le norme costituzionali, *ivi incluse quelle che istituiscono i giudici stessi*.¹⁷ Inoltre, non tutti i testi normativi sono soggetti ad applicazione giurisdizionale: in particolare, di regola non sono soggetti ad applicazione giurisdizionale i testi costituzionali o larghe parti di essi. Se mai si dovrebbe dire non che tutto il diritto sia creato dai (soli) giudici, ma che tutto il diritto sia creato dagli organi dell'applicazione (giurisdizionali, amministrativi, politici). Ma anche questo sarebbe inesatto, perché avrebbe il grave torto di trascurare il contributo alla creazione del diritto che è dato dai giuristi: non tanto attraverso direttive *de sententia ferenda*, quanto soprattutto attraverso la costruzione di concetti e dottrine che condizionano il modo di pensare —la stessa *forma mentis*— dei giudici e degli operatori giuridici in genere.

Per giunta, la tesi in esame è destinata a perdersi in un (ben noto) circolo vizioso.¹⁸ Se tutto il diritto è creato dai giudici, la conoscenza del diritto suppone la previa identificazione dei giudici in quanto giudici. Ma “giudice” è esso stesso un concetto giuridico. Sicché l'identificazione dei giudici suppone, a sua volta, la conoscenza previa del diritto vigente, o almeno di una sua parte.¹⁹ A questo circolo vizioso non si vede come si possa sfuggire.

III. UNA TESI ALTERNATIVA

Il diritto, si usa dire, è un insieme di norme. Ma il vocabolo ‘norma’, nel linguaggio dei giuristi come pure nel linguaggio delle stesse fonti, è notoriamente soggetto ad un uso ambiguo.²⁰ E' usato: ora, per designare enunciati del discorso delle fonti (formali); ora, per designare i loro significati (e spesso per designare indistintamente l'una e l'altra cosa insie-

¹⁶ Ross, A., *op. cit.*, note 7, 1958, p. 33.

¹⁷ Ed è egualmente insostenibile che norme siffatte, non essendo rivolte ai giudici, siano mere declamazioni morali prive di qualsivoglia rilevanza giuridica (così pensa Ross, 1958, p. 33).

¹⁸ Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946, p. 62.

¹⁹ Twining, W., “The Bad Man Revised”, in *Cornell Law Review*, 1973, p. 284.

²⁰ Guastini, R., *op. cit.*, note 5.

me). Ecco dunque che il vocabolo ‘diritto’ può, a sua volta, designare: ora, un insieme di enunciati; ora, un insieme di significati.²¹

Per conseguenza, anche l’espressione ‘creazione di diritto’ può essere usata per riferirsi: ora, alla produzione di enunciati, tipica della legislazione (in senso “materiale”); ora, alla produzione di significati, che è propria dell’interpretazione. In altre parole: in nessun caso si può dire che i giudici creino diritto *nello stesso senso* in cui diciamo che crea diritto la legislazione. L’espressione ‘creazione di diritto’ acquista due significati distinti nei due contesti, giacché produrre un testo e attribuirgli significato sono attività evidentemente diverse.

Se si concepisce il diritto (non come un insieme di testi,²² ma) come un insieme di significati, si può ben dire (anzi si deve dire) che il diritto è una variabile dipendente dell’interpretazione. Ma non si può dire —intendendolo alla lettera— che il diritto sia creato dagli interpreti, *e da essi soli*. Perché non vi è interpretazione senza un testo da interpretare. Sicché il diritto nasce dalla combinazione di legislazione (ancora in senso “materiale”) e interpretazione.

A ben vedere la produzione di diritto è un fenomeno alquanto complesso. Per descriverlo, sia pur sommariamente, occorre introdurre anzitutto tre definizioni preliminari.²³

- (a) Disposizione: un enunciato delle fonti “formali” del diritto.
- (b) Norma espressa: un enunciato che costituisce il significato (o per meglio dire: uno dei significati) di una disposizione (o di una combinazione di disposizioni o di frammenti di disposizioni).
- (c) Norma inespressa: un enunciato normativo, costruito dagli interpreti, che non costituisce significato di una disposizione.²⁴

Orbene:

²¹ Guastini, R., “L’ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001.

²² Così lo concepisce, ad es., Hernández Marín, R., *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1989; *id.*, *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

²³ Nozioni più articolate possono vedersi in Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 261 e ss.

²⁴ La terminologia qui impiegata (“disposizione”, “norma”) è di Crisafulli, V., “Disposizione (e norma)”, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, ma il modo in cui i concetti sono modellati rinvia piuttosto alla teoria dell’interpretazione di Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, parte II.

(1) I legislatori (in senso “materiale”) producono disposizioni. La legislazione costituisce, all’evidenza, attività “creativa”, ma creativa appunto di disposizioni, non di norme.

Così dicendo, non si vuol dire che le disposizioni prodotte dal legislatore non esprimano alcuna norma, siano prive di qualsivoglia significato (non condivido questa forma di realismo estremo). Si vuol dire che ogni disposizione ha significato equivoco e indeterminato. Pertanto, ammette una pluralità di interpretazioni, ossia esprime potenzialmente non già una sola norma dai confini determinati, ma —secondo la felice espressione di Kelsen—²⁵ una “cornice” di significati, una molteplicità di norme alternative, ciascuna di contenuto indeterminato.

(2) L’interpretazione cognitiva (o “scientifica” nel senso di Kelsen) consiste nel determinare —applicando le diverse tecniche interpretative in uso— tutte le norme espresse, ovvero la “cornice” di significati potenzialmente espressi, da una disposizione.

Non sarebbe appropriato dire che l’interpretazione cognitiva costituisca “creazione” di significati, neppure in un senso debolissimo della parola.

(3) L’interpretazione decisoria —quando sia compiuta da un organo dell’applicazione (e sia dunque “autentica” nel senso di Kelsen)— consiste nella scelta di un significato, e dunque di una norma espressa, a preferenza delle altre potenzialmente espresse dalla disposizione, così da utilizzarla quale giustificazione (eventualmente anche tacita) di una decisione.

Di questa attività si può dire, volendo, che costituisca “creazione” di un significato, ma evidentemente abbiamo a che fare con un senso alquanto debole della parola.

(4) Talora, gli organi dell’applicazione attribuiscono ad una disposizione un significato che non ricade nella “cornice” dei significati possibili, usando poi questo significato —questa norma inespressa— per giustificare una decisione.

Tale operazione non può dirsi “interpretazione” se non in un senso lottissimo di questa parola. Costituisce piuttosto “creazione” —in senso forte, stavolta— di una normainespressa: un’operazione, dunque, in tutto

²⁵ E, prima ancora, di Verdross, A., “Das Problem des freien Ermessens und die Freiheitsbewegung”, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914. Cfr. anche Merkl, A. J., “Sul problema dell’interpretazione” (1916), in A. J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987.

analogia alla legislazione (in senso “materiale”), sebbene non ne assuma la forma, non consista cioè nella formulazione “ufficiale” di una disposizione.

(5) Talora, gli organi dell’applicazione “trovano” —in realtà costruiscono essi stessi (mediante opportune tecniche argomentative)— una lacuna nell’ordinamento, e provvedono a colmarla elaborando una norma inespressa che, a differenza di quanto accade nel caso precedente, non tentano neppure di presentare come significato di una disposizione.

Un’operazione siffatta non può, in alcun senso ragionevole della parola, essere detta “interpretazione”: costituisce anch’essa “creazione” —in senso forte— di una norma inespressa.

(6) Talora, infine, gli organi dell’applicazione applicano disposizioni che esprimono, come si usa dire, non “regole”, ma “principi”. L’applicazione di un principio normalmente esige due cose: (a) la concretizzazione del principio stesso; (b) la sua ponderazione con altri principi confliggenti.

Orbene, la concretizzazione di un principio consiste nel ricavare da esso —con una varietà di strumenti argomentativi non deduttivi— norme nuove (“regole”), che si pretendono implicite.

La ponderazione di principi, a sua volta, consiste nell’istituire una relazione gerarchica tra i principi in conflitto.

Entrambe queste operazioni —“interpretative” solo in un senso molto ampio— sono altamente creative: creative, rispettivamente, di norme inesprese e di relazioni gerarchiche.²⁶

Fin qui non ho definito espressamente la nozione di ‘produrre diritto’, e ho tacitamente assunto che —il diritto essendo un insieme di disposizioni e/o norme (esprese e inesprese)— produrre diritto consista nell’introdurre nuove disposizioni e/o norme nell’insieme preesistente. Ma naturalmente questa nozione di ‘produzione di diritto’ è troppo ristretta.

Si deve considerare genuina produzione di diritto non solo l’addizione (l’introduzione) di nuove disposizioni e/o norme all’insieme, ma anche la sottrazione (l’eliminazione) di disposizioni e/o norme preesistenti.²⁷ Addizione e sottrazione, infatti, presentano un ovvio tratto in comune: l’una e l’altra modificano l’insieme —ossia il diritto— esistente.

²⁶ Guastini, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torin, 2006, 142 ss.

²⁷ Quanto alla sostituzione di disposizioni e/o norme preesistenti, essa consiste evidentemente in una combinazione di addizione e sottrazione.

D'altro canto, in molti ordinamenti, l'eliminazione di disposizioni e/o norme preesistenti può avvenire in almeno due modi distinti: abrogazione espressa e annullamento (tralascio l'abrogazione per incompatibilità per non appesantire oltremodo l'analisi). L'abrogazione espressa è atto del legislatore (ancora: in senso "materiale"). L'annullamento è atto giurisdizionale, che in molti ordinamenti compete al giudice costituzionale (e in alcuni ordinamenti anche al giudice amministrativo).

Pertanto all'analisi che precede si deve aggiungere almeno questo:

(7) I legislatori creano diritto —a livello di disposizioni— non solo producendo (introducendo) disposizioni nuove, ma altresì eliminando disposizioni preesistenti mediante abrogazione espressa.

(8) Taluni giudici, specie i giudici costituzionali (quando giudicano *a posteriori*), talora creano diritto —a livello di disposizioni— eliminando disposizioni preesistenti, e precisamente pronunciandone l'invalidità o illegittimità, mediante sentenze del tipo di quelle che noi chiamiamo "di accoglimento" (senza ulteriori specificazioni).

(9) Gli stessi giudici costituzionali talora creano diritto —a livello di norme— lasciando intatte le disposizioni esistenti, ma eliminando norme (espresse o inesprese) preesistenti, di cui pronunciano l'invalidità o illegittimità, mediante sentenze del tipo di quelle che noi chiamiamo "interpretative di accoglimento".

(10) E ancora: in taluni ordinamenti, i giudici costituzionali talora creano diritto —a livello di norme— aggiungendo all'ordinamento norme inesprese, ovvero sostituendo norme espresse con norme inesprese, mediante sentenze del tipo di quelle che noi chiamiamo, rispettivamente, "additive" e "sostitutive".

IV. RIFERIMENTI

- BULYGIN, E., "Sentenza giudiziaria e creazione di diritto", in COMANDUCCI P. e GUASTINI, R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Torino, 1987.
- , *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995.
- CARDOZO, B. N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven-London, printed 1921, reprinted 1991.
- CARRIÓ, G. R., "I giudici creano diritto", in U. SCARPELLI (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

- CHIASSONI, P., "L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi", *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II. *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990.
- , *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999.
- COHEN, M. R. COHEN, F. S. (eds.), *Readings in Jurisprudence*, Boston-Toronto, 1951.
- CRISAFULLI, V., "Disposizione (e norma)", *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964.
- DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.
- GRAY, J. C., *The Nature and Sources of the Law*, Second edition from the author's notes, by R. Gray, New York, 1948.
- GUASTINI, R., "Disposizione vs norma", *Giurisprudenza costituzionale*, 1989.
- , *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.
- , *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001a.
- , "L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues", in COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001b.
- , "Michel Troper sur la fonction juridictionnelle", *Droits*, 37, 2003.
- , "Ross sul diritto giurisprudenziale", COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004.
- , "Lo scetticismo interpretativo rivisitato", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006a.
- , *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006b.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1989, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona.
- , *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit* (1960), trad. francese di Ch. Eisenmann, Paris, 1962.
- , "Sulla teoria dell'interpretazione" (1934), in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989.
- , *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. inglese di B. Litschewski and S. L. Paulson, Oxford, 1992.

- MERKL, A. J., "Sul problema dell'interpretazione" (1916), in MERKL, A. J., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987.
- ROSS, A., *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen* (1929), rist. Aalen, 1989.
- , *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, 1946.
- , *On Law and Justice*, London, 1958.
- SORRENTINO, F., "I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", *Diritto e società*, 1987.
- TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974.
- , *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994.
- , "Una teoria realista dell'interpretazione", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999.
- , *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001.
- TWINING, W., "The Bad Man Revised", *Cornell Law Review*, 1973.
- VERDROSS, A., "Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914.

JUEZ Y PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Norbert LÖSING*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Iuspositivismo y iusnaturalismo, su influencia sobre la función del juez*. III. *El juez como núcleo del Poder Judicial*. IV. *La función del Poder Judicial y del juez en la Ley Fundamental de Bonn en materia de derecho público y en la relación ciudadano-Estado*. V. *La función del Poder Judicial y del juez en la Ley Fundamental de Bonn en conflictos entre particulares*. VI. *¿Gobierno de los jueces?* VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de cada ciudadano, de acudir ante un tribunal independiente, imparcial y legal, consagrado en el artículo 14 del Convenio Internacional de derechos Civiles y Políticos así como en instrumentos regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos (allí artículo 6o.) refleja la importancia del Poder Judicial dentro de la ingeniería del Estado de derecho. Es una realidad universalmente reconocida, de que sólo la existencia de tribunales imparciales e independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia.

Como bien indica Wolfgang Heyde, qué materialidad tengan en un sistema político la justicia, el derecho y la libertad no es inferible solamente de las normas y garantías de la Constitución. La fuerza real del de-

* Doctor en derecho por la Universidad de Bonn; miembro honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

recho, el grado de justicia, libertad y orden, de amparo y fomento que puede brindar, depende de la forma y manera de materializar el derecho por los operadores jurídicos.¹

El análisis de las normas y garantías de la Constitución y de la legislación derivada relativas a la organización, estructura, función y operatividad del Poder Judicial por ello no puede ser más que un punto de partida, eso sí, imprescindible, para apreciar la realidad de dicho poder dentro de un Estado concreto. Adicionalmente la realidad social dentro de la cual se desenvuelve el Poder Judicial tiene una gran influencia sobre su organización y funcionamiento. Obviamente, el presente ensayo está escrito desde la perspectiva alemana, por lo cual vale la pena citar una descripción, sin duda con una exageración humorística, pero que tiene un cierto fundamento real, de la sociedad alemana. En su libro *Tres ingleses en Alemania*, el autor británico Jerome K. Jerome² describe a los alemanes a principios del siglo XX de la siguiente forma:

los alemanes son amistosos y cultos, pero aman las regulaciones detalladas y cumplen espontáneamente las leyes. Todo, hasta lo más nimio, estaba regulado; abundan las prohibiciones y multas por todas las ilegalidades que uno cometiera, las cuales, con tanta reglamentación podían ser abundantes, por ejemplo, no se podía caminar en grupo después del anochecer; pisar el césped era una tremenda infracción y así sucesivamente. Pero los alemanes descritos en ese libro se sentían cómodos con todo eso porque eran plácidos y dóciles cumplidores de la ley; gente que ambicionaba pagar sus impuestos y confiaba en el gobierno, gente para la cual la reverencia hacia la policía era como una religión.³

Desde el punto de vista de los gobernadores, podríamos decir que se trataba del pueblo ideal. Jerome K. Jerome añade:

Los alemanes son buena gente... Estoy seguro de que la gran mayoría va al Cielo... Pero... que el alma de un alemán, individualmente, tenga suficiente iniciativa para volar por sí sola y llamar a la puerta de San Pedro, no lo

¹ W. Heyde, "La jurisdicción", en Benda *et al.* (coords.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, p. 768.

² Jerome K. Jerome, *Three Men on the Bummel*, París, 1900.

³ Resumen en Pereira Menaut, Antonio C., *Sistema político y constitucional de Alemania, una introducción*, Santiago de Compostela, 2003, pp. 11 y ss.

puedo creer. Mi opinión es que son llevados allí en pequeños grupos e introducidos a cargo de un policía fallecido.⁴

En otro análisis, más científico y menos humorístico, Antonio López Pina,⁵ al elaborar las similitudes entre las sociedades española, francesa y alemana frente a las sociedades anglosajonas e italiana indica:

Nuestros rasgos culturales nos separan, pues, significativamente de sociedades como la anglosajona o la italiana, fundadas en robustas individualidades y en la consiguiente autonomía de la iniciativa privada. Sin que quepa a estas alturas —sobre todo después de la crisis económica de 1929 y de las consecuencias sociales y políticas de una masiva desemancipación producto de las políticas conservadoras de las dos últimas décadas— elevar a dogma el postulado lockiano de la autosuficiencia de la Sociedad, qué duda cabe que la acción social del Estado es considerada en tales sociedades menos indispensable de lo que es conciencia común, por ejemplo, en Francia, Alemania o España.

Acertadamente, López Pina menciona la crónica *impotencia de los alemanes para resolver políticamente sus problemas*, llegando a la paradoja de acudir al Tribunal Constitucional para que defina la política exterior o la intervención militar. Efectivamente, esta crónica impotencia de solucionar problemas políticamente lleva a la necesaria juridificación de las actuaciones de los poderes públicos y de la sociedad en general.

Esta “ideosincracia” del pueblo alemán puede, hasta cierto punto, explicar porqué Alemania es uno de los países con más jueces *per cápita* del mundo (superado, al parecer, sólo por Egipto y Eslovenia). Porqué sólo en la Corte Suprema Federal de justicia ordinaria trabajan 126 magistrados titulares en doce senados de derecho civil y cinco senados de derecho penal (incluyendo jueces de control de la investigación). Puede dar una idea de porqué también en la actualidad tenemos normas y reglas en materias que en otros países no precisan de una regulación por parte del legislador. Finalmente puede dar una orientación de porqué sólo en materia civil ingresan en los tribunales de primera instancia cada año más de 1,850,000 casos. En resumidas cuentas, se diría que los alemanes

⁴ Jerome K. Jerome, capítulo 14, citado en Pereira Menaut, *idem*.

⁵ Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, edición prolegómena y trad. de Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. XXV.

todavía necesitamos una autoridad que nos diga, o al menos confirme, lo que es correcto y nos obligue a cumplirlo.

Por el otro lado, esta situación ha contribuido a que la cultura jurídica alemana es, para seguir con las palabras de López Pina:⁶

Identificable entretanto con una ambiciosa y por demás elaborada construcción que comprende la garantía, sea como derechos subjetivos sea como normas o principios objetivos, de los derechos fundamentales, los efectos de los mismos en las relaciones entre particulares, la presencia de normas definidoras de las tareas del Estado, la procura existencial y la garantía de las condiciones materiales de existencia en la totalidad del territorio, la traducción del principio de solidaridad en términos financieros, el principio de lealtad federal, en fin, la plena juridificación de las actuaciones de los poderes públicos.

II. IUSPOSITIVISMO Y IUSNATURALISMO, SU INFLUENCIA SOBRE LA FUNCIÓN DEL JUEZ

La docilidad del pueblo alemán y la prioridad que, según Stefan Zweig, le dio al orden frente a la libertad, está basada en el iuspositivismo que reinaba en Alemania hasta los fines de la República de Weimar, es decir hasta 1933. Esto empezó a cambiar, cuando surge una desconfianza hacia el legislador y hacia la ley, desconfianza que en los inicios del liberalismo y constitucionalismo se dirigía, siguiendo los planteamientos de *Montesquieu*, más bien contra el juez y no contra el legislador. Esta desconfianza surge por la posición histórica del juez como servidor del monarca en un Estado absolutista. Por ello, los esfuerzos revolucionarios se concentraban no sólo en independizar al juez del monarca, sino en amarrar al juez a la ley y convertirlo según el ideal de Montesquieu en un simple aparato de subsunción —*la bouche qui prononce les paroles de la loi*— y el Poder Judicial así “*en quelque façon nulle*”. La ley dictada por un Parlamento electo era la “Magna Carta de la Libertad”, el juez solamente su obediente servidor y ejecutor. Esta es la base sobre la cual nació el iuspositivismo con su visión de equivalencia entre la ley y la justicia.

Una visión que en efecto ha causado en cierto grado una ceguera de la sociedad y de los jueces frente a la injusticia en forma de ley (independen-

⁶ *Ibidem*, p. XXVI.

dientemente de que el iuspositivismo en su punto de partida no niega las condiciones éticas y morales del derecho).

Quien conoce al clásico Gustav Radbruch de antes de la Segunda Guerra Mundial, el autor de *Introducción al derecho* (*Einführung in die Rechtswissenschaft*) de 1910, de *Principios de la filosofía del derecho* (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*) de 1919 y de *Filosofía del derecho* (*Rechtsphilosophie*) de 1932 conoce los poderosos argumentos esgrimidos por este extraordinario jurista a favor del positivismo y la seguridad jurídica. Quien ha seguido la trayectoria de Radbruch después de la Guerra, observará una evolución que no puede ser más elocuente e instructiva. En su obra *Preparación de la filosofía del derecho* (*Vorschule der Rechtsphilosophie*) de 1947, Radbruch reconoce que el positivismo, al privar de armas al derecho natural y desacreditarlo en las universidades alemanas, dejó indefensos los espíritus ante la acometida ideológica del nazismo. En uno de sus más famosos escritos de circunstancias, en el que más radicalmente rompe su pasado relativista, titulado *Injusticia legal y derecho suprallegal* (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*), que es un verdadero manifiesto de nueva filosofía, plantea crudamente el problema de la quiebra del positivismo, en su forma estatal (principio del Führer) como en la normativa. Situado en un terreno pragmático y neutro, en la posición ideal del juez que se ve obligado a escoger entre la noción lejana, la de la justicia (*Gerechtigkeit*) y otra inmediata, la de la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*), el antiguo ídolo del radbruchismo, le atribuye una obligación inexcusable de conciliación; pero al fin, en la hipótesis de una imposibilidad absoluta, en que la ley positiva se hace insoportable, la idea de justicia debe prevalecer. Un mes antes de su muerte, en el artículo “El Tribunal Supremo y la Política” (*Das Reichsgericht und die Politik*), en que se discute la reforma judicial alemana de la posguerra, Radbruch rompe con ancestrales prejuicios del formalismo kantiano y proclama que el “juez ideal” debe ser hombre (en el sentido de ser humano) y hasta hombre de Estado, en contacto con la vida humana y sus realidades, no esclavo de la norma, como pretendió el positivismo.

Otro catedrático de la época, Heinrich Mitteis,⁷ todavía bajo la impresión del régimen nazi, estigmatizó el positivismo como el

peor abuso del pensamiento jurídico que conoce la historia del derecho alemán y que el pueblo alemán ha padecido. Su aparente dogmatismo no

⁷ Mitteis, H., “Über das Naturrecht”, *Akademische Akten*, Berlín, Heft 26, 1948.

es en el fondo otra cosa que “nihilismo” de la peor especie, que al no conocer ninguna medida de valores lo reduce todo a lo formal y a la plena arbitrariedad del Estado. No es éste el gran valor supremo en lo humano, pues tal jerarquía pertenece sólo a la personalidad. La salvaguardia de dicho valor y de su externa manifestación, que es la dignidad humana, es el objetivo primordial de la justicia.

Traduciendo los precedentes conceptos al derecho, Mitteis reserva a la ley el calificativo de “derecho aparente” (*Scheinrecht*) y a la justicia el de “derecho válido” o efectivo (*geltendes Recht*). La forma de expresión del primero es el derecho positivo, y la del segundo el derecho natural. El juez, según Mitteis, no puede desconocer ni uno ni otro, sirviéndole siempre lo positivo como instrumento normal de trabajo y presunción (*Vermutung*), pero en el caso de grave y evidente colisión entre ambos es la ley la que debe perecer para que la justicia se salve.⁸

Pero la resurrección del iusnaturalismo de por sí no garantiza que el juez siempre persiga lo que realmente es justo. Las acusaciones justificadas al nazismo de haber aprovechado el tecnicismo positivista no pueden ser vistas de forma aislada, ya que se utilizaron continuamente locuciones y consignas del más puro sabor iusnaturalista, tales como “el sano sentido popular”, “el espíritu del pueblo” o “el instinto alemán de justicia” para justificar las más graves atrocidades.

Adicionalmente, ni el más puro iusnaturalismo en la realidad ha reducido al juez a la figura descrita por Montesquieu del juez como instrumento que pronuncia únicamente las palabras de la ley, de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes. En efecto, que el juez esté subordinado únicamente a la ley en la realidad social ha resultado ser una ficción. Una ficción, porque ya la interpretación de una ley es en cierto modo una “configuración personal” de la norma y en cualquier valoración del juez se refleja su propia comprensión del ordenamiento jurídico. Una ficción también, porque a pesar de la inflación legislativa no todo está regulado en una norma y existen amplias lagunas legales dentro de las cuales los jueces están llamados a ser configuradores o creadores de derecho.

⁸ Véase al respecto Quintano Ripollés, A., “Filosofía y ciencia del derecho alemanas de la trasguerra”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, febrero de 1951, pp. 10 y ss.

III. EL JUEZ COMO NÚCLEO DEL PODER JUDICIAL

Para poder determinar cuál es la función del Poder Judicial en un Estado de derecho es imprescindible analizar cuál es la visión del juez como sujeto conformador del Poder Judicial.

1. *La base constitucional*

En Alemania, el artículo clave es el artículo 92 de la Ley Fundamental: “Se confía a los jueces el Poder Judicial. Es ejercido por el Tribunal Constitucional federal, los tribunales federales previstos en la Ley Fundamental y los tribunales de los Länder”.

Ya la selección de la terminología usada refleja que la magistratura gozará de una posición de excelencia en el Estado de derecho diseñado por la Ley Fundamental. Obviamente, no se trata del juez definido por Montesquieu, sino de un juez al cual se le “confía” un poder. Un poder, que puede y debe ejercer de forma independiente e imparcial. Para ello, el artículo 97 de la Ley Fundamental determina:

1. Los jueces son independientes, estando sometidos únicamente a la ley.
2. Los jueces de carrera con mandato vitalicio no podrán ser separados, suspendidos temporal o permanentemente, trasladados o jubilados contra su voluntad, salvo decisión judicial y por las razones y en la forma determinadas por las leyes. La ley puede fijar limitaciones de edad, jubilándose los jueces de mandato vitalicio al alcanzar tal edad. En caso de reforma de la organización administrativa de los tribunales o de las demarcaciones judiciales, los jueces pueden ser trasladados a otro tribunal o separados de su función, pero continúan percibiendo íntegramente su retribución.

La imperiosa necesidad de independencia del juez y con el del Poder Judicial comporta una rigurosa separación del Poder Judicial frente a los otros dos poderes, prevista en el artículo 20, párrafo 2, de la Ley Fundamental, “todos los poderes del Estado emanan del pueblo. Estos son ejercidos por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de los especiales órganos de legislación, del poder ejecutivo y de la jurisdicción”.

El artículo 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental, al someter a los poderes del Estado al derecho, conforma lo que se ha denominado el núcleo

del Estado de derecho, “El legislador está sometido al orden constitucional, el poder ejecutivo y la jurisdicción a la ley y al derecho”.

Este sometimiento de todos los poderes al derecho, aparejada con la función de control confiada a los jueces, es lo que determina la importante posición del juez dentro del engranaje del Estado de derecho.

2. El sometimiento al derecho y las consecuencias en la búsqueda de la justicia material

Igualmente, el sometimiento del juez no sólo a la ley, sino también al derecho, conlleva exigencias especiales en muchas áreas. Un papel importante en relación a la función del juez lo desempeñan, por ejemplo, los derechos procesales y los conceptos en los cuales están basados. Naturalmente, la idea es que el derecho positivo y la justicia material vayan mano en mano. Si en algunos casos extremos puede ser necesario acudir al derecho natural para lograr la prevalencia de la justicia material, por regla general y dentro del marco del derecho positivo, siempre es necesario que el juez tome su decisión sobre hechos sobre los cuales esté bien informado y cuyos datos equivalgan a la verdad. Como es conocido, el fin del proceso penal es el esclarecimiento de la verdad. Sólo si el juez es capaz de lograr este fin, su decisión podrá ajustarse al derecho y a la justicia material. Esto es válido también en el derecho civil. El concepto del derecho procesal civil en Alemania exige un juez activo, director del procedimiento y casi tutor de las partes. La Ordenanza Procesal Civil de 1877 refleja la influencia del proceso civil francés, así como fue recibido en el Reino de Hannover en 1850. En su versión inicial, la Ordenanza estaba impregnada de una concepción liberal del Estado. Según ésta, el desarrollo del procedimiento era responsabilidad de las partes y el tribunal simplemente una instancia juzgadora pasiva y neutral. Esta concepción llevaba en la práctica a una dilación insoportable de los procesos y puede ser calificada como un fracaso en la práctica. Desde la aparición de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895, en Alemania se hace eco la idea de que la protección judicial efectiva —también en materia civil— es una tarea común. Se traslada entonces parte de la responsabilidad para el curso formal del proceso y su finalización con una decisión adecuada al juez. En las reformas subsiguientes se reduce la libertad de disposición de las partes sobre el curso del proceso, se fortalece la dirección del proceso por

parte del juez o tribunal, se concentra el procedimiento, se regula la inmediatez del recibimiento de las pruebas y el deber de veracidad de las partes. La tendencia a fortalecer la dirección del proceso por parte del juez o tribunal se ve claramente reflejada también en la reciente reforma a la Ordenanza Procesal Civil. Los parágrafos 139 y 142 ZPO aumentan las obligaciones del juez de adelantar opiniones y dar indicaciones a las partes durante el curso del proceso. Resumiendo se puede afirmar que, aunque no se ha dejado caer el principio de disposición de las partes, la posición del juez ha sido continuamente fortalecida. El dirige el procedimiento, conjuntamente con las partes trata de esclarecer los hechos, da indicaciones allí donde en su opinión las partes tienen que ofrecer argumentos o pruebas y adelanta opiniones para avisar a las partes en qué dirección piensa decidir. La dirección del proceso por parte del juez, ya sea en derecho civil, ya sea en otras áreas, es clave para el resultado del mismo.⁹ En Alemania, nos hemos decidido por un juez activo, imparcial pero informador en relación a la formación de su convicción dentro de un proceso. La intención es que el juez pueda tomar una decisión de fondo, y sólo en pocos casos se retire a decidir sobre la forma sin solucionar el conflicto en sí.

IV. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y DEL JUEZ EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN EN MATERIA DE DERECHO PÚBLICO Y EN LA RELACIÓN CIUDADANO-ESTADO

1. *Control del Ejecutivo (de la administración)*

En primer lugar, la Ley Fundamental de Bonn ha introducido un exhaustivo control judicial de la administración. El artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental contiene la garantía decisiva de los derechos fundamentales: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos podrá recurrir a la vía judicial. De no constar otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía procedente será la de los tribunales ordinarios”.

El constituyente con ello retoma por un lado la ya conocida institución de la jurisdicción contenciosa administrativa, que surgió en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX. Por el otro lado, lo novedoso es que aho-

⁹ Lösing, Norbert, “La oralidad en el nuevo derecho procesal civil alemán”, *Revista Jurídica ABZ*, México, año 7, junio de 2002, p. 52.

ra el ciudadano tiene el derecho constitucional de acudir al Poder Judicial por cualquier violación que cometa el Ejecutivo, algo que anteriormente sólo era posible en ciertos casos concretamente enumerados en la ley. En Alemania, son especialmente los tribunales contencioso administrativos, los financieros y los sociales los que están llamados a cumplir con este derecho del ciudadano.

2. Control del Legislativo

En segundo lugar, y esto es mucho más relevante aun, la Ley Fundamental ha subordinado también al legislador al control judicial. Le ha otorgado a los jueces el control de la constitucionalidad de las leyes. Solo deben aceptar y aplicar una ley, si es formalmente y materialmente constitucional. El parámetro de control más importante para ello son los derechos fundamentales. Los antecedentes internacionales, especialmente la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, son suficientemente conocidos y pueden ser obviados aquí. En Alemania, existen antecedentes del control judicial de las leyes en la República de Weimar, aunque la Constitución de Weimar misma había dejado abierto este aspecto. Es a partir de 1924 que los jueces alemanes empiezan a ejercer, tímidamente, un control de constitucionalidad difuso. La Ley Fundamental de 1949 ha confirmado explícitamente el “poder” de los jueces para controlar las normas. Para ello, ha elegido un camino novedoso al reconocer la competencia de todos los tribunales de analizar la constitucionalidad de una norma, pero concentrando la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma en manos de un Tribunal Constitucional y en materia de legislación de un Land (así se llaman los estados que conforman la República Federal de Alemania) en el Tribunal Constitucional del Land respectivo. Los otros tribunales deben solicitar la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de que una ley les parezca inconstitucional. Adicionalmente, existen otros procedimientos de control de constitucionalidad de normas como es el control abstracto de normas o el amparo directo contra una norma, en ambos casos directamente ante la Corte Constitucional.

3. La resolución del conflicto de órganos constitucionales

En tercer lugar, la Ley Fundamental ha puesto en manos del juez, en este caso exclusivamente en manos del juez constitucional, la resolución

de conflictos entre otros órganos constitucionales (el Parlamento Federal, el Consejo Federal, el gobierno, el presidente de la República) y entre la Federación y los Länder. Aunque la decisión que en estos casos debe tomar el juez es una decisión jurídica, muchas veces las consecuencias políticas son importantes.

4. Otras competencias en el marco del derecho público

Sin querer agotar la enumeración de competencias de los jueces en materia de derecho público, especialmente de derecho constitucional, cabe mencionar al menos las competencias del Tribunal Constitucional Federal de suspender ciertos derechos fundamentales de determinada persona (por ejemplo limitar la libertad de expresión o de reunión por abusar de estas libertades para conspirar contra el orden constitucional) o de prohibir un partido político si persigue fines inconstitucionales.

5. Protección judicial de la libertad del individuo

Según el artículo 104 de la Ley Fundamental, sólo un juez (en el caso concreto suele ser el juez penal) puede resolver sobre la procedencia de una privación de libertad y su duración. Por propia facultad discrecional la policía o la fiscalía penal no puede retener a nadie en su custodia más allá del fin del día siguiente a su captura o detención. Si hasta entonces no se ha producido una resolución judicial, el afectado debe ser puesto en libertad.

V. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL Y DEL JUEZ EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN EN CONFLICTOS ENTRE PARTICULARES

El acceso a los tribunales también está constitucionalmente garantizado cuando se trata de la garantía no frente a acciones del poder público sino entre particulares. Esta garantía no está basada en el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental ya mencionado (ya que este habla de poderes públicos), sino en el postulado mismo del Estado de derecho que garantiza una protección eficaz en sentido material para los litigios civiles. En efecto, la idea del Estado de derecho se refiere en sus inicios a la

exigencia y la garantía de la paz y de la seguridad.¹⁰ Esto va acompañado con la prohibición de la imposición violenta por propia mano de pretensiones jurídicas entre particulares y con la obligación de remitirlas a los tribunales. Allí deben, en un procedimiento judicial ordenado y libre de violencia, dirimir su disputa y obtener una decisión vinculante y si fuera necesario, ejecutable. El Poder Judicial y el juez en concreto tienen en un Estado de derecho la función de proporcionar rápidamente paz jurídica allí donde ha surgido una controversia. Si los jueces, debido al diseño inadecuado de las leyes procesales, a la falta de medios, a la falta de independencia o por otras causas no son capaces de cumplir con esta función, es poco probable que la sociedad logre una convivencia pacífica. Se puede afirmar en términos genéricos que los ciudadanos esperan algún tipo de respuesta del Estado a la solución de los conflictos que surgen como consecuencia de la convivencia en sociedad y por los que los individuos acceden al Estado-Poder Judicial para su resolución.

VI. ¿GOBIERNO DE LOS JUECES?

Las competencias hasta ahora mencionadas reflejan el enorme poder que ha sido depositado en manos de los jueces por los constituyentes alemanes. Ningún otro país del mundo le ha otorgado tanto poder a sus jueces y a sus tribunales, especialmente a la Corte Constitucional Federal. Ningún otro país ha reducido tanto el espacio político por vía de la jurisprudencia. La pregunta ahora es: ¿Ha hecho bien el constituyente alemán en depositar tanto poder en manos de los jueces? Sin duda, el poder de los jueces es una respuesta alemana a una época sin derecho. Pero esta experiencia no es la única explicación. Ya en 1959, Otto Bachof analiza en su ensayo titulado “Ley Fundamental y el poder de los jueces” (*Grundgesetz und Richtermacht*)¹¹ cuál es la razón por la que el constituyente ha depositado tanto poder en los jueces. El resultado de su análisis es el siguiente: “El poder de los jueces ha aumentado porque la función de la ley ha cambiado”.

En efecto, en la dialéctica de Montesquieu “la ley era razón humana redactada”, una convicción que ha prevalecido, con cierta razón, hasta fi-

¹⁰ Robbers, G., “El Estado de derecho y sus bases éticas”, en Thesing J. (comp.), *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, 1997, p. 32.

¹¹ Bachof, O., “Grundgesetz und Richtermacht”, *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein, Taunus, 1979, pp. 172 y ss.

nales del siglo XIX. Por un lado, porque la ley era efectivamente una regla general y abstracta para el comportamiento humano hecha a largo plazo. Por el otro lado, porque el traspaso del poder legislativo de monarcas absolutistas a un cuerpo electo, muchas veces dividido en dos cámaras y en algunos casos todavía con la participación del monarca, parecía garantizar de la mejor forma que una ley realmente fuera justa y equitativa. Después de las dos guerras mundiales, la ley ha sufrido un cambio en su función. La ley ya no es tanto un acto de regulación abstracta del comportamiento humano hecha a largo plazo, sino más bien un acto de orientación política que persigue un fin concreto y en muchos casos cortoplazista. ¿Qué tiene que ver una ley de fomento de la pesca del arenque mediante la subvención del gasoleo con una ley en el sentido clásico? Aunque también estos actos legislativos no están libres de valores, no son estos los que se encuentran en el primer plano. En el primer plano está el deseo de realizar un fin político. La ley se utiliza para fomentar o para restringir intereses especiales.

Adicionalmente parece, que el ritmo cada vez más rápido de cambios legislativos tiene consecuencias en parte nefastas sobre la calidad de la legislación. Por ejemplo, entre 1977 y 1986 se modificaron 6,800 disposiciones de la ley sobre los seguros médicos (SGB V). A pesar de ello, esta ley sigue siendo constante objeto de discusión política y debates de reforma. La ley de fomento de trabajo fue novelada nada más y nada menos que 45 veces en los primeros cinco años de su vigencia (entre 1997 y 2002). La ya existente inflación legislativa conlleva a otros problemas, que hacen perder la orientación no sólo al mismo legislador, sino también a los otros operadores de la justicia. Así, el deseo del legislador actual de igualar las condiciones de las parejas de hecho del mismo sexo al del matrimonio ha hecho necesaria la modificación de 61 leyes y decretos, entre ellos no sólo disposiciones del código civil en materia de derecho de familia o de sucesiones o las leyes de nacionalidad y extranjería sino leyes tan remotas como la ley federal de pequeños jardines (*Bundesklingartengesetz*), la ley de leche y margarina y la ley de profesores de autoescuelas.¹² Como medio en broma manifiesta Udo Steiner, magistrado de la Corte Constitucional Federal, la Corte está a la espera de que al-

¹² Ejemplos en Steiner, U., "Regieren Richter die Deutschen?", *Anwaltsblatt*, diciembre de 2004, pp. 673 y ss.

guien acuda a ella con el argumento de que el legislador tenía que haber modificado 62 y no sólo 61 leyes.¹³

En este panorama, no parece extraño que también el ciudadano alemán haya perdido su tradicional confianza en la ley.

Esta pérdida de confianza se ve reforzada por los cambios que ha sufrido el Parlamento en su propia posición y estructura. Cuando en los inicios del parlamentarismo los representantes del pueblo eran personalidades sobresalientes e independientes, ahora el mandato (curul) del diputado depende de su vinculación a cierto partido. La desaparición de elementos de contrapeso (en algunos casos de la segunda cámara), puede llegar hasta un absolutismo de la mayoría parlamentaria (en Alemania amortiguada por el sistema federal y la participación en algunos casos casi asfixiante del Consejo Federal en la legislación federal).

Esta evolución, en parte irremediable, llama a la creación de un contrapeso, de un poder que al menos esté en condiciones de hacer cumplir los valores superiores del derecho y de la Constitución y así reordenar en cierto modo el laberinto legislativo. Este contrapeso sólo puede ser el juez. El ya citado Udo Steiner se atreve a formular la tesis de que el fortalecimiento del Poder Judicial en Alemania es correlativo al descenso de la calidad legislativa, a pesar de que dicha calidad siempre ha sido criticada. A Otto von Bismarck, por ejemplo, se le atribuye la recomendación a aquel que ame las salchichas y las leyes alemanas, que mejor nunca observe como se hacen.

Podemos concluir que la creciente desconfianza en la ley tiene como contrapeso el recurso a un Poder Judicial fortalecido y dotado con amplias facultades de control. No parece extraño que en Alemania el Poder Judicial, en especial el Tribunal Constitucional, ha “corregido” más de 500 leyes y ordenanzas desde 1951 hasta la fecha (sin contar aquellas leyes a las cuales les ha sido aplicado el boca a boca, es decir los “primeros auxilios” en forma de la así denominada interpretación conforme a la constitución, una interpretación que hace aparecer una ley todavía conforme a la constitución). Parece entonces justificado hablar hasta cierto punto de un co-gobierno de los jueces, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional.

En su famosa controversia con Hans Kelsen, Carl Schmitt sostuvo la tesis de que el jefe de Estado es más idóneo que un tribunal para la de-

¹³ *Ibidem*, p. 675.

fensa de la Constitución. Carl Schmitt retomaba así las reservas expresadas en Francia después de la Revolución contra “un gobierno de los jueces” al afirmar que “una expansión sin inhibiciones del poder judicial no transformaría el Estado en administración de justicia, sino que, a la inversa, convertiría los tribunales en instancias políticas. No se juridificaría la política, sino que se politizaría la justicia. justicia constitucional sería, pues, una contradicción en si misma”.¹⁴ La misma experiencia durante la República de Weimar, donde el jefe de Estado era, según el concepto constitucional “el guardián de la constitución” y en la realidad resultó ser el “sepulturero de la constitución” parece desarticular la argumentación de Carl Schmitt. También Wilhelm Wengler ha analizado de forma contundente, porqué el carácter político de un acto no excluye la posibilidad de un escrutinio o análisis jurídico del mismo y porqué los efectos políticos de una resolución judicial no despojan a esta de su carácter jurídico.¹⁵ Tampoco es concebible, como bien indica Francisco Fernández Segado, una justicia constitucional apartada de la realidad social y del dinamismo político dentro del Estado.¹⁶ Helmut Simón incluso habla de que “pierde sentido el dudoso intento de separar tajantemente derecho y política”.¹⁷ Habiendo aceptado que el derecho político de la Constitución es accesible a una interpretación jurídica, la lógica consecuencia es que dichas resoluciones son necesariamente “políticas” en el sentido de que tienen efectos políticos. Corresponde al derecho constitucional una doble función, primero como pauta para una continua aproximación a la justicia y la libertad y, a la vez, como protección contra la vulnerabilidad del individuo en una época de cambio. Siendo el parámetro de control de la justicia constitucional la Constitución, interpretada en el tiempo, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional sea identificado como una institución política en el seno de un régimen de división de poderes.¹⁸ Siendo la misma Constitución la que prevé el control de constitucionalidad por

¹⁴ Schmitt, C., “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1973, p. 98.

¹⁵ Wengler, W., *Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht*, 1956, pp. 40 y ss.

¹⁶ Opinión de Lucas Verdú compartida y citada por Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1053.

¹⁷ Simón, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 5, p. 849.

¹⁸ Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königsstein/Ts, 1980, pp. 56 y ss.; Simón, H., *ibidem*, p. 849.

parte de un Tribunal Constitucional, no se justifica hablar de una posible falta de legitimidad del Tribunal Constitucional ni de efectos políticos inaceptables de sus resoluciones.

VII. CONCLUSIONES

Podemos constatar, con las palabras de Tomás y Valiente, que hemos pasado de una administración de justicia a un auténtico Poder Judicial.¹⁹ Roman Herzog incluso argumenta que el Poder Judicial hoy en día es la única garantía de la idea de la separación de poderes, si bien lo cierto es que el menoscabo del Estado de derecho que ha traído consigo el allanamiento de la relación de tensión entre el legislativo y el ejecutivo a través de los partidos políticos, no ha sido soldado totalmente a través del reforzamiento del control jurisdiccional de estos dos poderes.²⁰ A pesar de ello, la justicia, y en medida especial la justicia constitucional,²¹ han contribuido a fortalecer el Estado de derecho cumpliendo con la exigencia de la Ley Fundamental de Bonn de ser un ordenamiento de valores directamente aplicable a las relaciones entre el Estado y el ciudadano y entre los particulares mismos. La Constitución ha facilitado en Alemania el cauteloso alejamiento del iuspositivismo al positivizar muchos de los valores del derecho natural y ayudado de esta forma a los jueces a cumplir con su tarea de aplicar la ley y el derecho. Con ello contribuye a la pacificación de la sociedad, también en tanto que señala los límites de decisiones mayoritarias dentro de una democracia constitucional.²²

En Alemania, el Poder Judicial a contribuido, con todos los déficits que también se observan en dicho país, de forma contundente en el fortalecimiento del Estado de derecho. El prestigio de los jueces es muy alto,

¹⁹ Tomás y Valiente, F., “De la administración de justicia al Poder Judicial”, *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, Colección “Cursos”, vol. 5, 1990, p. 22.

²⁰ Maunz-Dürig-Herzog, R., “Kommentar zum Grundgesetz”, p. 152; citado en castellano en: Martínez Alarcón, María L., *La independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 45.

²¹ Lösing, Norbert, “La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de derecho”, en Fernández Segado, F. (comp.), *La Constitución Española en el contexto constitucional Europeo*, Madrid, 2003, pp. 1003 y ss.

²² En este sentido véase Hassemer, W., “Konstitutionelle Demokratie”, en Fernández Segado (comp.), *ibidem*, pp. 1311 y ss.

especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional. La Ley Fundamental de Bonn ha hecho posible que la confianza depositada en los jueces por lo general no ha sido decepcionada.²³ Es tal el prestigio, que incluso en caso de un ataque armado contra Alemania el gobierno tenía previsto en su plan de emergencia el traslado de los magistrados constitucionales al búnker del gobierno (desde la caída del telón de acero fuera de servicio). Así, en caso del hundimiento de Alemania, los magistrados hubieran podido velar que al menos hubiera sido un hundimiento conforme a la Constitución.

²³ Debe mencionarse que la posición del juez alemán en el proceso penal es muy poderosa. Esto se debe al hecho de que en el proceso penal no se hace una grabación de las actuaciones en el proceso y no existen protocolos completos de las exposiciones de los testigos o los otros participantes del proceso. Esto impide un control efectivo de ciertos aspectos del juicio, ya que los hechos probados son determinados por el juez en base a su interpretación de las pruebas y los testimonios presentados en la audiencia. Es sumamente difícil examinar o revisar si la interpretación hecha por el juez de los testimonios está basada en algo que realmente se dijo en la audiencia, o si acaso al juez se le ha pasado alguna parte importante de un testimonio. No son pocos los casos en los cuales las convicciones del juez por un lado y del abogado defensor por el otro, sobre lo que realmente dijo un testigo, no son compatibles.

EL PODER DE LOS JUECES

Clemente VALDÉS S.*

Las leyes, las Constituciones, los gobiernos, las instituciones y ese ente ambiguo y misterioso al que llamamos “el Estado”, ninguno es un fin por sí mismo. La única razón que justifica la existencia de todas esas cosas son los seres humanos que forman la población.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La relación de los dioses con la justicia.* III. *De cómo se transforman las instituciones.* IV. *La cultura de “las teorías” y las clasificaciones en el derecho.* V. *¿Quiénes son los jueces?* VI. *¿La función judicial es una actividad exclusiva?* VII. *¿Podemos precisar en qué consiste la función judicial?* VIII. *¿Tienen sentido en el mundo actual las distinciones tradicionales modernas entre actos jurisdiccionales, administrativos y legislativos?*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los tiempos los jueces han sido personas con actividades, funciones y poderes muy diferentes en distintas partes del mundo.

A pesar del gran interés que despierta el tema del poder de los jueces y de las citas y alabanzas que se hacen de las hazañas de algunos de ellos mencionados en las leyendas por su sabiduría, como Salomón, y de otros

* Profesor del posgrado de la Escuela Libre de Derecho.

más reales, como el Justicia Mayor de Aragón, en España y Sir Edward Coke, en Inglaterra,¹ curiosamente, el tema es poco conocido, aún entre los profesionales dedicados al derecho.

En la historia de distintos países han existido jueces que se enfrentan a los reyes y a los jefes de los gobiernos en aras de la justicia y otros que únicamente lo hacen cuando les conviene hacerlo en provecho de sus propios intereses. Han existido jueces que se han dedicado a servir a la población y otros que unidos oficialmente en gremios hicieron legalmente de su oficio un negocio privado y, juntos, se constituyeron en un poder político frente al rey y su gobierno y en una organización de propietarios de la justicia dedicados a explotar a la población. Así sucedió en Francia desde el siglo XVI hasta la Revolución.

Junto con estos existen muchos que para ascender convalidan crímenes y arbitrariedades y se someten servilmente a quienes tienen el poder político en sus países, cuando no es oportuno mostrar ninguna independencia. Estos son, con frecuencia, el tipo de jueces que se adaptan como una manera de vivir al gremio al que pertenecen y emiten las opiniones que son útiles o convenientes para su carrera, según los tiempos y las circunstancias políticas, sin preocuparse mucho de que sean contradictorias con otras opiniones expresadas por ellos mismos. Afortunadamente, hay también otros jueces que con honradez y austeridad se casan con la justicia, resisten a la tentación siempre presente de controlar o dominar a otros órganos públicos usando el derecho, mantienen una estricta imparcialidad, e inclusive luchan contra sus propias creencias y prejuicios tratando de ser justos.

Casi todo lo anterior se refiere especialmente a los jueces de las cortes superiores. En los niveles inferiores, la situación y los problemas de los jueces son diferentes: jueces que para poder conservar sus cargos tienen

¹ *There is no adequate biography of Coke*, “No existe una biografía adecuada de Coke”, con estas palabras empieza la relación bibliográfica de Coke en el tomo III de la *Encyclopaedia Británica*, que lo describe como “orgullosa, ambiciosa y dominante... decidido en su fe en la supremacía del *common law* hasta el punto de desafiar los poderes judiciales en *equity* del *Chancellor* y humillarse ante el rey aun en el acto de desafiar al monarca”. Existen, sin embargo, varios *best sellers* sobre él, dedicados a contar sus glorias, omitiendo sus incoherencias y sus defectos; el más conocido y el más popular, entre otras cosas por su título, es el de Drinker Bowen, Catherine, *The Lion and the Throne. The Life and Times of Sir Edward Coke*, Little Brown and Co. (“El león y el trono. La vida y los tiempos de Sir Edward Coke”).

que coincidir con el criterio de los jueces superiores que controlan los órganos de vigilancia; jueces dedicados a servir a los poderosos, especialmente en las provincias y las ciudades pequeñas; jueces impecablemente honrados y otros que, por el contrario, se dedican a buscar cuáles son los asuntos en los que pueden obtener dinero de alguna de las partes en los procesos civiles, de los acusados y las víctimas en los procesos penales, o de alguno de los interesados en los procedimientos administrativos; jueces dedicados a su trabajo que revisan todos los detalles de los asuntos que tienen encargados y otros que dejan en manos de sus ayudantes o sus secretarios las decisiones del procedimiento y las resoluciones finales. Junto a todos estos, hay jueces que además de ser absolutamente honrados trabajan jornadas extenuantes, sin días de descanso en materia penal, sobre un número de juicios que excede dos o tres veces la capacidad natural de cualquier juez y que, además, por un lado, viven amenazados por los castigos administrativos y las acciones penales que arbitrariamente pueden aplicarles o desencadenar aquellos jueces superiores que son, en la realidad, los dueños de la justicia, y, por otro, controlados por salarios insuficientes que se complementan por recompensas económicas cuyo monto fijan a su gusto los jueces superiores.

Según las épocas y los países, los jueces han conocido de materias muy distintas y cada vez conocen más de nuevas materias y de problemas y conflictos que no existían anteriormente y de otros que, si bien han existido desde siempre, como los conflictos entre los países en lo que se llama derecho internacional, antiguamente se resolvían sólo por la fuerza y por la guerra. Al paso del tiempo, los jueces también han ido dejando de conocer y resolver asuntos que han ido quedando fuera de las leyes y de temas que ya no pertenecen al derecho, es decir de asuntos y temas en los cuales no debe tener ingerencia ni la sociedad ni el gobierno, pues pertenecen a la vida estrictamente privada de los individuos, aun cuando, de tarde en tarde, algún gobernante y algunos grupos de la sociedad, busquen volver a incluir esas materias en el área de la justicia del gobierno y del derecho.

En la antigüedad, la función de juzgar se reducía, por una parte, a resolver las controversias o los conflictos entre los individuos, sin que existiera una distinción entre cuestiones civiles y cuestiones penales. La primera distinción se establece entre los conflictos que únicamente tienen que ver con los intereses personales de los individuos y los conflictos

que afectan los intereses del monarca o aquellos que tienen que ver con los mandatos o las prohibiciones impuestas por los dioses.²

En esta distinción entre lo que es únicamente del interés de los habitantes y lo que es del interés de los sacerdotes, de los jefes o de los reyes, éstos, algunas veces, proporcionaban jueces dependientes de ellos para resolver los conflictos entre los particulares a petición de los mismos interesados. Pero los reyes, igual que los señores, condes, barones y pequeños jefes, entonces y después, estaban preocupados primordialmente en “juzgar” los asuntos que tenían que ver con sus propios bienes: sus tierras, sus bosques, sus castillos, sus aguas, sus espacios de caza; y, naturalmente, con sus finanzas.

En el derecho de los pueblos germánicos casi no existía separación entre juicios civiles y juicios penales. El afectado por un hecho violento tenía derecho a la venganza que naturalmente no le proporcionaba ninguna compensación o reparación del daño que el otro le había causado. Si la víctima o sus familiares no optaban por la venganza, podían exigir en juicio el pago del *wergeld*, esto es la compensación del daño. “*La vida de todo hombre tenía un precio, ese era el precio del hombre, el wergeld*”, dice Christian Pfister en *The Cambridge Medieval History*.³ El *wergeld*, dicen Brunner y von Schwerin, sirve especialmente como reparación de la muerte violenta; en otras hipótesis, la mayor parte de las transgresiones jurídicas se apreciaban por el pago de multas (a favor de la comuni-

² Muchos años después, en 1769, William Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, At the Clarendon Press, dividía los actos ilícitos en privados y públicos según que tales actos fueran sólo en contra de individuos en lo particular o fueran en contra del rey, pero sostenía ya entonces la idea muy útil para los gobernantes de que el rey era la persona lastimada por ciertas infracciones y, por lo tanto, era él el dueño del castigo, “because the king, in whom centres the majesty of the whole community, is supposed by the law to be the person injured by every infraction of the public rights belonging to that community, and is therefore in all cases the proper prosecutor for every public offence”. *Commentaries*, Book the fourth, Chapter the first, *Of the Nature of Crimes; and their Punishment*. Más adelante en el mismo volumen pero en el capítulo IV, Blackstone, sin duda el más reconocido de los autores ingleses de esa época, hace una amplia referencia a las ofensas contra dios y la Religión, criticando algunas y justificando otras, entre estas últimas las que podía cometer “cualquier persona educada en la religión cristiana o que profesara la misma, al escribir, imprimir, enseñar, o aconsejar hablando, la negación de cualquiera de las personas de la santa trinidad de dios, o la afirmación de que hay mas de un dios”. Obra citada, capítulo IV, párrafo final del punto II.

³ Pfister, Christian, *The Cambridge Medieval History*, Cambridge, Inglaterra, At the University Press, 1936, vol. I, pp. 300 y ss.

dad como precio del restablecimiento de la paz), o bien resultaban de una división del *wergeld*, o hacían referencia a una determinada cifra, variable, según las épocas, según los diferentes derechos de los distintos pueblos y, naturalmente, según la clase social a la que perteneciera la víctima. En la época del Imperio Franco, durante el reinado de Carlomagno, en la zona de lo que ahora es Holanda, por la muerte de un *homines Franci*, descendiente de nobles, se pagaba como *wergeld* la suma mas alta; por la muerte de uno de los hombres libres, *liberi, ingenui*, (que como los *freemen* de la época de Juan sin Tierra en Inglaterra y en todas partes de Europa, eran un número muy pequeño) se pagaban 200 sólidos como *wergeld*.⁴ En el derecho popular de los francos ribuarios, se decía: “si alguien fuera herido, de suerte que de la herida saliese un hueso tal que lanzado contra un escudo colocado a doce pies de distancia le hubiera hecho resonar, el culpable pagará treinta y seis sólidos como multa”.⁵

La compensación de los daños, como forma de castigar o de componer algunos conflictos por actos que en la actualidad son castigados de otra manera, se encuentra ya en los cinco libros (Pentateuco) de la Torah adoptados por los cristianos como parte del viejo testamento. Pero mientras algunas conductas se castigaban con la muerte, otras sólo traían como consecuencia una reparación del daño. En el libro del éxodo, entre los mandatos contenidos en el primer decálogo, que contiene por lo menos 23 mandamientos, se establece que “El que maldice a su padre o a su madre, es reo de muerte” (Éxodo 21, 17) y unos párrafos más adelante ordena matar a las brujas: “No permitirás que las hechiceras queden con vida (Éxodo 22, 18), lo cual sirvió muchos años después, en 1692, a los pobladores de Salem, en la colonia de Massachusetts Bay, para colgar a 19 mujeres acusadas de brujería. En cambio “Si un hombre hallare a una joven soltera y la violare, el agresor dará al padre de la doncella cincuen-

⁴ La existencia de varias clases sociales y la multiplicación de subclases dentro de cada una de aquellas es una de las características de toda esa época. La clase de los hombres libres, *freemen*, (muy pequeña en relación con toda la población), estaba dividida en varios grupos: medio libres, libres de origen, imperfectamente libres, etc. Los niveles superiores a los *freemen* y los inferiores también, estaban divididos y la enorme mayoría de los habitantes pertenecían a niveles en los que no tenían ningún derecho de ningún tipo. Véase los estudios del profesor de la Universidad de Oxford Vinogradoff y de Seeliger, Gerhard, en los capítulos XX y XXI, del volumen II de *The Cambridge Medieval History*, *ibidem*, pp. 631-684.

⁵ Brunner, Heinrich-Cl. von Schwerin, *Historia del derecho germánico*, Barcelona, Labor, 1936, p. 23.

ta siclos de plata y (como parte de la pena) la tomará por mujer” (Deuteronomio 22, 28).

La idea de la pena en el derecho romano casi no se refiere al castigo del criminal en su persona, sino a la compensación en dinero o en especie, igual que en nuestro derecho actual cuando hablamos de “pena” convencional, de “penalización”, por falta de cumplimiento en tiempo de las obligaciones, o de “pena” pecuniaria. Savigny, en su gran obra sobre el derecho romano, al hablar de las acciones penales en Roma, dice que podrían ejercitarse a elección del demandante “contra todos los cómplices; pero desde el momento en que uno de ellos satisface lo que constituye o puede constituir la pena, quedan los demás libres de su obligación. Y, en efecto, limitándose el derecho del demandante (la víctima o sus familiares) a hacerse indemnizar, es obvio que la indemnización no puede ser pagada más de una vez”.⁶

Pero además de la resolución de los conflictos originados por los actos ejecutados por alguno de los miembros de la comunidad contra otro, sea en su cuerpo o en sus bienes, y de los asuntos que afectan los intereses de los jefes o de los reyes, ha habido otro tipo de asuntos que no tienen que ver ni con un daño a otros individuos, ni con un daño a los intereses del monarca, ni, en la actualidad, con los intereses de la población. Se trata de una cantidad enorme de situaciones y de actos que se consideraban contrarios a la naturaleza, a las tradiciones, a las virtudes o a las buenas maneras, y, junto con éstas, a las ideas, las opiniones y los actos que, según las diferentes religiones, causaban daño a dios o a las creencias y los ritos asociados con él. El campo de estos asuntos en los que no existe un individuo que haya sufrido un daño en su persona o en sus bienes ni se han afectado los intereses de los jefes o de los gobernantes, ni tampoco los intereses tangibles de la población, pero que, de acuerdo con las leyes, han sido tema de los juicios y oficio de los jueces, es tan grande, que resulta imposible hacer una enumeración de todos los delitos que se inventaron para reprimir lo que los sacerdotes de las diferentes religiones, las mayorías, y ciertos grupos preocupados por la conservación de las costumbres, los cultos y los ritos, decían que debía castigarse.

Así como los jueces en general, en los distintos países del mundo, han ido, al paso del tiempo, dejando de conocer de conductas que ya no pertene-

⁶ Savigny, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Gón-gora y compañía editores, 1879, t. IV, p. 36.

cen al derecho, por considerar que corresponden al área de la vida privada de los individuos en la cual no debe inmiscuirse el gobierno ni la sociedad, así también, poco a poco, en la época moderna, empezó a surgir la necesidad de juzgar y resolver las quejas de los individuos contra los errores y los abusos de los empleados públicos encargados de la administración.

La posibilidad de que algunos jueces, aplicando su propio criterio y no el criterio y la voluntad de los jefes del gobierno, puedan juzgar y resolver las quejas de los particulares por los actos cometidos por los empleados que están a cargo de los órganos administrativos es, sin duda, uno de los pasos más importantes para proteger a la población contra la tiranía de sus empleados. Pero el derecho de los individuos para reclamar los abusos de estos empleados y el desarrollo del poder de ciertos jueces para conocer, juzgar y confirmar o nulificar las decisiones y los actos de la administración pública, no nace, como podría pensarse, de una rebeldía de la población contra los reyes, los jefes o sus gobiernos, ni tampoco de una exigencia de los jueces.

Es interesante hacer notar que esta función de los jueces, en Europa, surge, al principio, del propio interés de los reyes en manejar y controlar de la mejor manera la administración de sus reinos. En Francia los jueces y la jurisdicción administrativa tienen su antecedente en el *Conseil du Roi*, como órgano consejero del rey en cuestiones legales y como corte administrativa al servicio del rey. Después, en la Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) Napoleón crea el Consejo de Estado, *Conseil d'État*, el cual, según el artículo 52, “bajo la dirección de los cónsules está encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública, y de resolver las dificultades que surjan en materia administrativa”.⁷ Lo cual, además de hacerlo parte del proceso legislativo, le daba una función administrativa y, por otro lado, le encomendaba la resolución de los conflictos administrativos.

Ese *Conseil d'État*, a la caída de Napoleón, permanece como uno de los órganos del consejo del rey en 1815, es disuelto durante el golpe de Estado de 1851 y rehecho inmediatamente después.⁸ En torno a ese Consejo

⁷ Constitution Du 22 Frimaire An VIII (13 décembre 1799) article 52. “Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative”.

⁸ Robineau, Yves y Truchet, Didier, *Le Conseil D'État*, 2a. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 6 y ss.

de Estado se va formando la justicia administrativa francesa, hasta llegar al prestigio que tiene actualmente dentro del sistema político francés, y a la autoridad que tiene en su papel legislativo como órgano de consulta obligatoria de los proyectos de ley. Junto con eso, y al mismo tiempo, como órgano supremo de la justicia administrativa tiene grandes poderes que le permiten, por ejemplo, anular decretos del presidente de la República o del primer ministro o actos reglamentarios de este último, ejecutados o emitidos excediendo sus poderes.⁹

En la actualidad, en todos los países que han logrado un mediano grado de desarrollo social y político, existen órganos que pueden revisar los actos de los empleados de la administración, incluyendo, muchas veces, los actos de los más altos empleados: presidentes, ministros y directores generales de las grandes entidades públicas. En algunos casos, los tribunales que conocen de estos asuntos surgen dentro de la estructura de los órganos administrativos, como jurisdicciones separadas de los órganos judiciales ordinarios, pero sus resoluciones pueden ser revisadas por los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria, tal es, por ejemplo el caso de México.¹⁰ Por el contrario, en otros países, los jueces y tribunales administrativos forman una organización totalmente ajena a la estructura judicial ordinaria y sus resoluciones no pueden ser revisadas por las Cortes Supremas en materia civil y penal. Así sucede en Italia, en donde la justicia administrativa tiene su propia Corte Suprema, llamada *Consiglio di Stato*,¹¹ separada y diferente de la *Corte di cassazione*; así sucede también en Alemania, y naturalmente en Francia, en donde, como ya lo he señalado, el órgano supremo de la justicia administrativa es el *Conseil d'État*, diferente y separado de la *Cour de cassation*.¹²

En casi todos los países del mundo, los jueces tienen en la actualidad el poder de juzgar y resolver los conflictos entre los particulares, las con-

⁹ Laure Rassat, Michèle, *La justice en France*, París, 1994, p. 67.

¹⁰ En México los tribunales administrativos tienen su origen, de una manera formal, en la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936 por la cual se crea el Tribunal Fiscal de la Federación que después se llamará Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

¹¹ De acuerdo con el artículo 100 de la Constitución Italiana: "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico – amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione". Y según el artículo 103: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

¹² Robineau, Yves, *op. cit.*, nota 8.

troversias sobre los delitos y la culpabilidad en materia penal y las reclamaciones por actos de los empleados de los órganos administrativos contra los particulares.

En muchos países, los jueces tienen además el poder de revisar los actos y las decisiones de los altos empleados de la rama ejecutiva del gobierno. En algunos, como sucede en Alemania, sin hablar de un juicio especial de tipo extraordinario, se establece simplemente que: “Toda persona, cuyos derechos sean afectados por cualquier órgano del poder público, puede recurrir a la vía judicial. Si no se ha establecido una jurisdicción específica, las cortes judiciales ordinarias conocerán del recurso”.¹³ En otros, por ejemplo en México, ciertos jueces pueden conocer no sólo de los actos que violen algunas libertades fundamentales, sino también, de acuerdo con el artículo 103, fracción I de la Constitución general de la República, de las demandas contra las leyes “que violen las garantías individuales”.¹⁴

Pero en algunos países el poder de ciertos jueces llega mucho más lejos, ya que pueden revisar y anular las disposiciones contenidas en las leyes que estimen contrarias a la Constitución, independientemente de que violen o no violen las libertades fundamentales. En los Estados Unidos este poder les corresponde a los altos jueces federales de la organización judicial ordinaria; en otros, como sucede en casi todos los países de la Unión Europea, este poder lo tienen tribunales separados de los órganos judiciales, que se conocen como Cortes o Tribunales Constitucionales. En ambos sistemas, ese poder implica la facultad de establecer el derecho al que debe ajustarse una sociedad en forma general, como si fuesen legisladores. Al llegar a este punto puede decirse que, independientemente de

¹³ Artículo 19, fracción 4 de la *Constitución de la República Federal Alemana*.

¹⁴ Aún cuando en México se le rinden constantes homenajes a los distintos procedimientos que se conocen con el nombre genérico de “amparo” y, cuando alguien se atreve a hacer notar la dilación, los enredos, las incongruencias y la multitud de complicaciones a las que dan lugar tales procedimientos, inmediatamente se le ofrecen al “amparo” actos de desagravio; debe reconocerse que tales procedimientos son mucho más limitados de lo que los homenajes y los desagravios quieren aparentar; primero, porque no sirven para remediar las violaciones al texto constitucional en general, sino sólo las violaciones que se cometan por actos o leyes de las llamadas “autoridades” (es decir, cierto tipo de empleados públicos) que afecten a personas individualmente determinadas; pero además, dentro de esta limitación, tales procedimientos no sirven ni pueden iniciarse por cualquier violación de los derechos de una persona por parte de alguna de “las autoridades”, sino únicamente por los actos de éstas que violen ciertas libertades que la Constitución de acuerdo con su artículo 1o. les “otorga” a los individuos que forman la sociedad y que son precisamente las que tal constitución les llama “garantías”.

que consideremos que sea conveniente o no que algunos jueces tengan ese poder en una determinada sociedad, los que lo tienen comparten, sin duda, el poder político.

En este artículo sólo me propongo hacer una exploración inicial sobre el poder de los jueces en forma general y de comentar algo sobre su alcance, sus funciones y sus contradicciones, sin entrar a la manera y las circunstancias cómo se creó en 1803 el poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos para revisar y anular los actos de los otros órganos de gobierno y, en especial, para anular disposiciones de las leyes votadas por el Congreso Federal. Es decir del poder que se dieron a sí mismos los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos en la resolución *Marbury vs. Madison*, sin que existiera ni exista ninguna disposición en la Constitución de ese país que así lo establezca,¹⁵ y del poder que más de cien años después, a partir de 1920, por disposición expresa en las leyes y las constituciones en diversos países de Europa, se les empieza a dar a tribunales especiales, distintos de los órganos judiciales ordinarios, para que hagan lo mismo. Es el poder de hacer la interpretación de las leyes existentes y de anular sus disposiciones, lo cual equivale exactamente a derogarlas, cuando les parezcan contrarias a la Constitución y, lo que es mucho mas importante, el poder de interpretar, en forma exclusiva y de manera obligatoria para todas las demás entidades públicas, qué es lo que dice la Constitución.

Desde hace varios siglos el poder de establecer las reglas generales y el poder de derogarlas se ha visto en muchos países del mundo como una

¹⁵ El desconocimiento del hecho de que no existe una sola palabra en la Constitución de los Estados Unidos que autorice a la Suprema Corte ni a ningún otro tribunal federal a interpretar las leyes, es la consecuencia de la ignorancia notable de algunos profesionales del derecho que simplemente repiten las disposiciones legales que aparecen en las leyes que manejan en sus respectivos trabajos sin ocuparse de saber nada más. Desde los escritos publicados en tres periódicos de la ciudad de Nueva York entre octubre de 1787 y mayo de 1788 para apoyar la aprobación del proyecto de Constitución hecho pocos meses antes en Filadelfia por un grupo formado casi en su totalidad por algunos de los hombres más ricos de las antiguas colonias inglesas, artículos que más tarde se recopilaron y se publicaron con el nombre de "*El federalista*", Hamilton, el gran defensor de los intereses financieros en los nuevos Estados, como una manera de buscar la aprobación del proyecto en el que él había participado activamente, decía en el escrito número LXXXI que trataba del Poder Judicial: "En primer lugar, no existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado".

facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, en buena parte como consecuencia de las ideas de Locke y de Montesquieu y por la influencia de la Constitución de los Estados Unidos, la Revolución francesa y la Constitución francesa de 1791. Ahora bien, ¿es conveniente que los jueces tengan también el poder de anular o derogar las reglas generales, es decir, que compartan con los legisladores ese poder? Ese es precisamente el título de uno de los ensayos más conocidos de mi maestro Mauro Cappelletti, que se llama: *¿Jueces legisladores?*¹⁶ Él se pronunciaba por una respuesta afirmativa; yo, en aquel tiempo, sostenía que el poder de dejar sin efecto una regla general y por consecuencia mantener la regla que existiese anteriormente, debía ser facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, electos democráticamente. Creo que entonces yo estaba equivocado. Ahora pienso que no existe una respuesta ideal que sea conveniente y adecuada para todos los países, ni tampoco una respuesta sobre el asunto de los derechos de las mayorías en las sociedades modernas que se pueda usar tanto para las cuestiones de interés general que no tienen que ver con los derechos estrictamente personales de las minorías como para las cuestiones que, por el contrario, conciernen precisamente a los derechos de las minorías y a las libertades individuales. Pienso también que no es posible dar una respuesta categórica basada en una distinción clara de estos dos tipos de problemas, simplemente porque, a diferencia de las teorías, en la realidad casi nunca existen problemas o materias aisladas, claramente diferenciadas, que no tengan que ver con otras materias y cuestiones. Por último, creo que —como decía Cappelletti— “nuestra respuesta debe basarse en el análisis realista de los hechos y los acontecimientos, no en especulaciones abstractas”. “La respuesta, una vez más, no puede ser una respuesta absoluta... A diferencia de la lógica formal, la realidad nunca está libre de contradicciones”.¹⁷

Antes de seguir adelante es conveniente detenernos para precisar que el tema del papel de los jueces en una sociedad determinada no puede ni debe resolverse por lo que hace cuatro siglos hayan dicho Coke o Bacon en Inglaterra a favor de sus respectivos intereses políticos, ni por lo que

¹⁶ El artículo con ese nombre fue originalmente publicado en Milán. Cappelletti, Mauro, “Giudici legislatori?”, *Studio dedicato alla memoria di Tulio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Milán, Giuffrè, 1984.

¹⁷ Cappelletti, Mauro, prólogo a *The Judicial Process in Comparative Perspective*, trad. de Clemente Valdés S., Oxford, Clarendon Press, 1989.

hace 250 años haya sostenido Montesquieu con el propósito de disminuir el despotismo de los reyes al reunir todas las magistraturas en su persona,¹⁸ cuando decía que: “el poder de juzgar no debe dársele a un cuerpo permanente sino que debe ser ejercido por personas sacadas del pueblo ... para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera”. Y agregaba: “De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión ... Los jueces no son, como lo hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no deben tener poder para moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.¹⁹ Y, obviamente, el problema tampoco debe resolverse por lo que dijo John Marshall hace 200 años en la resolución que dictó en el caso *Marbury vs Madison* con el propósito de acrecentar su poder político; ni por lo que, antes y después de él, con opiniones encontradas, dijeron Hamilton y Jefferson.

La única forma adecuada de precisar cuál debe ser el papel de los jueces en una determinada sociedad, es plantear el tema de una manera totalmente abierta, sin dogmas y sin prejuicios, viendo únicamente a lo que es conveniente para la mayoría de la población y para las minorías disidentes en diferentes circunstancias, a fin de establecer cuáles son los poderes que deben prestárseles a los jueces, no por lo que haya dicho alguien en el pasado, sino por lo que es más conveniente o menos malo en una sociedad determinada, dadas las necesidades reales actuales de los seres humanos en esa sociedad; estableciendo también, naturalmente, los límites de esos poderes y las medidas indispensables para que los jueces, como casi todos los empleados públicos, no abusen de los poderes que les presta la población.

¹⁸ “Aussi, les princes qui ont voulu se rendre despotiques ont-ils toujours commencé par réunir en leur personne toutes les magistratures...”. *Del espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI.

¹⁹ “La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l’année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu’autant que la nécessité le requiert”. “De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n’étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle”. “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur”, *idem*.

Lo peor que podemos hacer es pretender resolver los grandes problemas actuales, para los cuales, igual que para los de épocas anteriores, no existen recetas generales, citando teorías, recordando dogmas e invocando “principios”. Al final de cuentas, los principios —incluyendo el principio de *la separación de poderes*, que tan útil les ha resultado a los empleados que encabezan los distintos “poderes” que les presta la población para crear cotos independientes de poder, e incluyendo también el principio misterioso de *la soberanía*, que siguen invocando algunos gobiernos para mantener como súbditos a los habitantes, suprimiendo sus libertades fundamentales en nombre del dominio que, dicen, se desprende de una soberanía que muchas veces es totalmente ajena a la población y a sus intereses— los principios, repito, como premisas o como recomendaciones en la ciencia política y en el derecho, no valen por su vejez, ni porque nos los hayan enseñado en la escuela o en la universidad, ni tampoco tienen nada en sí mismos por lo que pueda llamárseles “verdaderos”, tal como lo pretendía Jean Dabin.²⁰ Los principios, en las organizaciones políticas, valen cuando sirven para hacer mejor la vida de los seres humanos que forman la población, para proporcionarles a esos seres humanos mayor seguridad, y para asegurar sus libertades fundamentales. Cuando no es así, los llamados principios, son simplemente trampas o son fórmulas vacías.

II. LA RELACIÓN DE LOS DIOSES CON LA JUSTICIA

Igual que en la formación de las reglas que rigen en la comunidad, los jueces y los juicios, en sus orígenes, están atados a la magia y a la religión. La “legitimación” de lo que ahora llamamos “las decisiones judiciales” era, en la antigüedad, la manifestación de prácticas establecidas por los dioses, los espíritus y las fuerzas sobrenaturales que rigen la vida de los hombres. Las reglas, tanto las que imponían cuál debía ser la conducta de los hombres comunes en su vida diaria, como las que decían cuáles eran los ritos y los procedimientos judiciales, debían ser interpretadas “correctamente” de acuerdo con la tradición, esto es, de acuerdo con los usos de la comunidad.

La interpretación de esas reglas —dice Max Weber— corresponde a aquellos que primero las conocieron, es decir, a los ancianos o, a menudo, tam-

²⁰ Dabin, Jean, prólogo de 1938 a su *Doctrine générale de L'État. Eléments de philosophie politique*, México, Jus, 1955.

bién a los hechiceros y sacerdotes quienes, por su comercio profesional con los poderes mágicos, no pueden ignorar ciertas reglas técnicas de comunicación entre los hombres y las fuerzas suprasensibles. Las normas jurídicas pueden surgir, sin embargo, como reglas “otorgadas”, derivadas de una creación directa y consciente. Pero esto sólo puede ocurrir a través de una nueva revelación carismática. Puede tratarse de la revelación de una decisión individual sobre lo que en determinado caso concreto es justo... Los portadores normales de esta primitiva forma de adaptación del derecho a situaciones nuevas son el mago, el sacerdote de un oráculo divino o el profeta... El principio fundamental en que descansa esta actividad judicial primitiva, rigurosamente regulada, es el de que la más pequeña equivocación de las partes al pronunciar las fórmulas solemnes constitutivas de un acto procesal cualquiera, implica la pérdida del recurso jurídico correspondiente y, algunas veces, la de la causa. Ese principio vale tanto para las acciones de la ley, *legis actiones*, romanas, como para el primitivo derecho medieval.²¹

El propósito de descubrir la verdad está en los orígenes de los procedimientos judiciales, íntimamente ligado a la idea de que la presencia de la divinidad en los procesos asegura la certeza de la resolución. Esto explica el juramento ante dios.

Entre las tribus de los antiguos germanos, “según los principios de derecho rectores de la sentencia sobre la prueba, incumbía por lo regular al demandado la carga probatoria”.²² Esto es, una vez que el demandante interpone su propuesta de demanda con palabras solemnes y bajo la invocación de los dioses, “el demandado jura la improcedencia de la querella mediante un juramento”.²³ Ahora bien, si el demandado estaba autorizado a liberarse de la querella por un juramento, el querellante podía impugnar el juramento, lo cual llevaba a usar como pruebas los juicios de dios: es decir las ordalías del fuego (*iudicium ignis*) del agua (*examen aquae frigidae*), la ordalía de la suerte (*ad sortem ponatur*) y entre los salios antiguos la ordalía caldaria (*iudicium aquae ferventis, caldariae*). El demandante podía también “interponer la acción de perjurio que llevaba

²¹ Weber, Max, “Sociología del derecho”, *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, t. I, pp. 518 y 519, reeditado de acuerdo con la cuarta versión alemana de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*.

²² Brunner, Heinrich, *op. cit.*, nota 5, p. 25.

²³ *Idem*.

implícitamente al duelo, es decir que sólo podía decidirse en virtud de duelo judicial”²⁴ en el cual Dios daba el triunfo al demandante o al demandado acusado de perjurio, según cual de los dos fuera el que dijera la verdad.

La relación de la divinidad con los juicios no es únicamente algo del pasado remoto. Dios seguirá estando presente en la labor de los jueces durante toda la Edad Media y aún en la época contemporánea, a fin de asegurar la imparcialidad y, con ella, la justicia. Muchos pueblos convocaban a dios para participar en los procesos públicos en las disputas entre los individuos y en las acusaciones por actos cometidos en contra de la comunidad. Nadie sino dios, puede ser imparcial y justo. Él, el gran espectador en las pruebas y las luchas para conocer la verdad, no permitirá nunca que triunfe aquel que no tiene la razón o que sea condenado un inocente. En los “juicios de Dios” la derrota o la muerte no prueban la resistencia al dolor, ni la debilidad o el desconocimiento en el manejo de las armas del perdedor, su derrota es simplemente la prueba de su culpabilidad.

Si bien los “juicios de dios” eran perfectamente coherentes con la concepción judía de un dios ante cuya mirada ningún hecho se puede ocultar, y este tipo de juicios había florecido a la sombra de las ideas cristianas sobre la omnipotencia y la omnipresencia de dios en todos los actos de la vida de los hombres, la Iglesia católica, en general, desde el siglo XII no aceptaba ya el duelo judicial como juicio de Dios. Durante el IV Concilio que tuvo lugar en el palacio Laterano en Roma, en 1215, el Papa, Inocencio III, muy atinadamente, prohibió a todos los eclesiásticos participar en esos duelos. Sin embargo, la vinculación de la justicia con la idea de dios seguirá siendo inevitable tanto en la Iglesia católica como en el judaísmo y en el Islam, a través del eslabón de “la verdad”.

Para quienes opinan que existe un dios y que este dios tiene entre sus características conocer en todo momento la verdad sobre cada uno de los actos de los seres humanos y sobre la totalidad de los hechos que ocurren en el mundo, dios es sinónimo de la verdad. El nuevo catecismo de la Iglesia católica lo expresa diciendo “Dios es la verdad misma, por ello el hombre se puede entregar con toda confianza a la verdad”.²⁵ Así, dado que la justicia siempre debe apoyarse en la verdad, para quienes opinan

²⁴ *Ibidem*, p. 26.

²⁵ Catecismo de la Iglesia Católica, capítulo primero, núm. 215.

que existe un dios y que éste es omnisapiente, dios resulta ser el único juez realmente justo.

Hacia el año de 1271, Santo Tomás de Aquino manifestaba que los juicios y los jueces son de dios. Al resolver en la Suma Teológica la difícil cuestión para los católicos de “Si es lícito juzgar”, considerando que según los escritos del nuevo testamento Jesús había dicho “No juzguéis y no seréis juzgados”,²⁶ el doctor Angélico declaraba: “El juez es constituido ministro de dios; por lo cual dice el Deuteronomio: Juzgad lo que es justo, y después añade, porque el juicio es de Dios”.²⁷

A pesar de la oposición de la Iglesia católica a los duelos judiciales y de la prohibición a los eclesiásticos de tomar parte en ellos desde el Concilio Laterano ya citado, otros tipos de pruebas de dios continuaron aplicándose. Fue así que desde el establecimiento del cristianismo y hasta el siglo XVIII, por lo menos, la prueba consistente en sumergir a una mujer en el agua se consideró infalible para resolver si se trataba o no de una bruja, basándose en la premisa cristiana de que el agua, como medio del sacramento del bautizo, aceptaría o recibiría sin causarle daño a la mujer inocente de ese delito y, por el contrario, rechazaría o mantendría flotando a la que fuera culpable. Por su parte, en otras religiones, otras pruebas similares se siguieron practicando todavía mucho tiempo después, así por ejemplo en la India, hasta fechas muy recientes, siguiendo los códigos del hinduismo, se le podía exigir a una mujer pasar a través del fuego para probar la fidelidad a su marido.

En el mundo contemporáneo subsisten manifestaciones de la vinculación de dios con el funcionamiento de la justicia. En los Estados Unidos, en donde la primera enmienda de la Constitución ordena al Congreso no hacer ley alguna que establezca una religión o que prohíba su ejercicio, igual que en otros muchos países, antes de recibir una declaración personal en los procedimientos judiciales, se lleva a cabo un juramento poniendo la mano sobre la biblia (el contenido del texto de la biblia naturalmente es diferente, según el lugar y el tribunal de que se trate). En Inglaterra, el juramento, de acuerdo con Starki, es “una solemne invocación de la venganza de la Deidad sobre el testigo si él no declara la verdad total, tal como la conoce”,²⁸ y según Leach es “una aseveración religiosa por la cual

²⁶ Mateo, capítulo 7, versículo 1 y Lucas, capítulo 6, versículo 37.

²⁷ *Suma teológica* Secunda Secundae, cuestión 60 a.2, Biblioteca de Autores Cristianos, t. VIII, pp. 320 y ss.

²⁸ *Starki on Evidence*, citado en el Black's Law Dictionary, voz Oath.

una persona renuncia a la misericordia y llama a la venganza del cielo si él no dice la verdad”.²⁹ Por su parte en Francia, Toullier, en su *Droit Civil Francais*, decía que el juramento era “un acto religioso por el cual la parte invoca a dios no sólo para atestiguar la verdad y la sinceridad de su declaración sino también para castigar su impostura o la fe violada, o, en otras palabras, para castigar su perjurio si resultara culpable de haber incurrido en él”.

III. DE CÓMO SE TRANSFORMAN LAS INSTITUCIONES

Los seres humanos tenemos la tendencia a ver, a calificar y a clasificar las instituciones sociales del pasado, usando los modelos de las instituciones del presente y, con frecuencia, nos olvidamos que todas las instituciones y todas las formas sociales, las viejas y las nuevas, cambian, se transforman y, al paso del tiempo, conservando el mismo nombre, se convierten en algo diferente y, algunas veces, en algo totalmente distinto. No existen instituciones que permanezcan iguales, todas son siempre temporales. Ateniéndonos exclusivamente a la realidad, es claro que no existen instituciones eternas.

Salvo algunas excepciones notables, los escritores de cualquier época y de cualquier lugar tienden a buscar en las sociedades anteriores similitudes con las instituciones de las sociedades en las que viven, como si las formas contemporáneas fueran el modelo al que debieran ajustarse las instituciones del pasado. En la época en que Leopold von Ranke, sin duda uno de los más grandes historiadores alemanes, se presentaba como un buscador de la objetividad en la historia y hacía famosa la frase de que la tarea del historiador era “sólo mostrar lo que realmente aconteció” (*wie es eigentlich gewesen*)³⁰ “y que la divina providencia se encargaría de su significado”,³¹ en la misma Alemania y en otras partes del mundo se sostenía que “el intento de escribir divorciándose completamente en el estudio del pasado, de cualquier apreciación política nacida del presente, era imposible”.³²

²⁹ *Idem*.

³⁰ Carr, E. H., *¿What is History?*, Barcelona, Seix Barral, 1981, p. 11.

³¹ *Ibidem*, p. 26.

³² Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, prólogo de Juan José Carreras, 2a. ed., Madrid, Aguilar.

Además de que en los asuntos sociales no hay instituciones eternas, sucede que tampoco hay instituciones perfectas, y todas, más tarde o más temprano, muestran sus inconvenientes, se van deformando y pueden usarse en perjuicio de la mayoría de la población y, en ocasiones, precisamente en contra de aquellos a quienes pretendían beneficiar. Así ha sucedido con las uniones de trabajadores que se corrompen; con partidos políticos que se convierten en instrumentos de control sobre los habitantes, fuentes de privilegios para sus afiliados y, algunas veces, en excelentes negocios para sus dirigentes; así ha sucedido también con la mayoría de las organizaciones religiosas y con muchos órganos legislativos que se dedican a obtener canonjías y todo tipo de privilegios para sus miembros. Así ocurrió también con la llamada “separación de poderes” entre distintos órganos, que llevó, en muchos lugares, a que los habitantes liberados del despotismo de sus monarcas se convirtieran en súbditos de los empleados que se adueñaron de los poderes de la población, sin rendirle cuentas a quienes se suponía que deberían servir. Lo mismo también ha sucedido con los órganos judiciales de algunos países que —con el pretexto de su independencia— se convierten en gremios en los que sus dirigentes se otorgan a sí mismos todo tipo de privilegios y otorgan beneficios económicos especiales a los jueces inferiores más serviles, sabiendo éstos que mientras no cometan algún acto exageradamente escandaloso o algo en contra del grupo en el que han hecho una carrera y del cual viven, estarán protegidos por la organización a la que pertenecen por cualquier acto indebido que cometan.

Desgraciadamente para los académicos que buscan la permanencia de las cosas a través de la permanencia de las palabras, sucede que si “la libertad”, “la nación” y “la familia”, han sido cosas bien diferentes en diversas épocas en distintos países, mucho más lo han sido las instituciones públicas. Entre el Senado en la Roma antigua y el Senado en Francia casi no hay ninguna semejanza, excepto tal vez la imagen antidemocrática, que como lo señalaba el Primer ministro *L. Jospin*³³ y como lo hacían notar *J. Mastias* y *J. Grangé*, al escribir sobre las segundas cámaras de los parlamentos de Europa occidental: “(independientemente de) que ellas lo hayan cometido o no en los albores de su historia, las segundas

³³ “*El Sénat français constituait une anomalie parmi les démocraties et qu’il le percevait comme une «survivance des chambres hautes aristocratiques»*”, *Le Monde*, 21 de abril de 1998, citado por Burdeau et al., *Manuel droit constitutionnel*, París, LGDJ, 2001, p. 595.

cámaras están marcadas por el pecado original antidemocrático”.³⁴ Pero sucede que en la misma Roma, lo que se llama Senado en el período de los reyes es diferente del Senado a partir de la abolición de la monarquía en el 509 antes de Cristo en la época de los cónsules, y éste a su vez es diferente del Senado durante la dictadura de César y diferente también del Senado bajo el poder de Augusto.

El Parlamento inglés ha sido varias cosas diferentes en el transcurso de la historia. Durante el reinado de Enrique III (1216-1272) el “*Parliamentum*” era la reunión para hablar o discutir con los señores feudales los asuntos que tenían que ver con sus respectivos dominios; “el nombre —como lo hacía notar *Trevelyan*— no tenía relación alguna con la idea de elección o representación, ni tampoco implicaba una asamblea para decretar impuestos o para hacer leyes”.³⁵ En la época de Eduardo I (1272-1307) el Parlamento era la fusión de dos instituciones gubernamentales: el *Great Council*, que comprendía a los magnates civiles y eclesiásticos que trataban con el rey los asuntos del reino y la *Curia Regis* (*King’s Court*) que era el grupo de los consejeros del rey y tenía, entre otras funciones, la tarea de arreglar los conflictos que estaban más allá del poder de los tribunales judiciales ordinarios. En el siglo XIV el *Privy Council* del rey se hace cargo de las actividades “judiciales” y el parlamento se dedica primordialmente a la actividad legislativa. Tradicionalmente en el derecho constitucional de Gran Bretaña hay dos ideas claves: *a*) el Parlamento ejerce la soberanía y *b*) el parlamento está formado por el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes; sin embargo desde 1885, *Dicey*, refiriéndose a las convenciones en las que está apoyada la constitución afirmaba: “Las convenciones de la Constitución están formadas por costumbres que (cualquiera que sea su origen histórico) son al día de hoy mantenidas para asegurar la supremacía de la Cámara de los Comunes, y finalmente, a través de la Cámara de los Comunes electa, la supremacía de la nación”.³⁶

³⁴ Mastias, J. Grangé, J., *Les secondes chambres du parlement en europe occidentale*, Económica, 1987, p. 51.

³⁵ Trevelyan, G. M., *A Shortened History of England*, England, Penguin Books, 1971, p. 151.

³⁶ Dicey, *Law of the constitution*: “The conventions of the constitution now consist of customs which (whatever their historical origin) are at the present day maintained for the sake of ensuring the supremacy of the House of Commons, and ultimately, through the elective House of Commons, of the nation”, Londres, Macmillan, 1939, pp. 430 y 431 (la primera edición fue en 1885).

El Parlamento francés surgido de la *curia regis*, en que los primeros reyes capetos, en los siglos XI y XII se reunían con sus vasallos y eclesiásticos para hablar de asuntos políticos, resolver de manera más o menos amigable los conflictos feudales y decidir los asuntos legales que se le sometían al rey como juez supremo, no tiene nada que ver con los parlamentos en el siglo XVII que eran gremios de jueces, que como cuerpo, tenían la facultad de registrar los edictos del rey, después de examinar si estos eran acordes con la ley y la justicia y con los intereses del reino, con lo cual podían, según su voluntad, detener la entrada en vigor de tales edictos y, por consecuencia, podían negociar con el rey cualquier medida que afectara los privilegios de sus miembros.

Generalmente los hombres, y ahora también las mujeres, que ejercían y ejercen los oficios o los trabajos en las instituciones públicas en una época determinada, ven, en los órganos a los que pertenecen, la forma ideal de lo que debe ser la función que bajo ese nombre practican, y sus ideas de mejoramiento sobre esos órganos usualmente están inspiradas en el propósito de tener mayor poder y mayores privilegios. Así, en Inglaterra, desde el siglo XI, los barones y sus gentes cercanas en quienes aquellos delegaban permanente o temporalmente la función de juzgar a los siervos que trabajaban las tierras, veían su función como el modelo ideal en esa sociedad. Los jueces franceses que desde el siglo XIV empiezan a ser dueños de sus juzgados y podían transmitirlos a sus hijos, cobrándoles a los interesados en recibir sus servicios, como en cualquier actividad privada, sin obligación de rendir cuentas de su trabajo a nadie, fuera de sus propios gremios (*parlements*), veían, sin duda, esa manera de ejercer la justicia como el ideal perfecto de la independencia de los jueces.

IV. LA CULTURA DE “LAS TEORÍAS” Y LAS CLASIFICACIONES EN EL DERECHO

Acostumbrados a pensar y discutir abstracciones y teorías, aquellos que estamos dedicados al derecho, muchas veces nos olvidamos de que todas las teorías son creaciones mentales, es decir, son inventadas, y de que las teorías en el derecho son únicamente intentos de aquellos que las inventaron para ayudar a explicarse qué es lo que son ciertas cosas: instituciones, formas y procesos, creadas por ellos o por otros hombres, unas

veces con el propósito de mejorar la vida social, otras muchas, con la intención de dominar a los demás y, algunas veces, con ambos propósitos.

Para entender las dudas y las incongruencias sobre el papel de los jueces, sus poderes y sus funciones, es conveniente recordar que todavía en muchos países, la enseñanza del derecho está basada en la búsqueda de definiciones de conceptos abstractos usando otros conceptos igualmente abstractos, así como en el afán de clasificar todo y en la repetición de teorías que habiendo tenido el propósito inicial de “explicar” algunos fenómenos y algunas formas jurídicas, terminaron, a fuerza de repetirlas constantemente, por ser utilizadas como modelos ideales a los cuales la realidad jurídica (que originalmente decían querer explicar) debía ajustarse. Es decir, por una distorsión absurda, la enseñanza del derecho se convirtió en la enseñanza de teorías como concepciones imaginarias a las que se les atribuye valor por sí mismas, las cuales muchas veces están desconectadas de las necesidades de los seres humanos.

La preocupación por clasificar empieza por tratar de separar las funciones y facultades que la población les presta a sus gobiernos en tres actividades que, se afirma, son distintas, aunque la distinción es bastante oscura. A continuación se les llama “poderes” a los órganos entre los cuales se hace la separación y se les encomiendan las funciones de esos órganos a personas distintas, aunque cada vez más vemos, por una parte, que las funciones públicas necesarias en las sociedades modernas son muchas más que tres, por otra, que, conforme los países se van desarrollando, necesitan nuevos órganos o entidades además de los establecidos según la doctrina trinitaria y, además, que una separación estricta de los órganos de gobierno, en cualquier país, paralizaría a dicho gobierno. Después, aunque se sigue diciendo que vivimos en sistemas democráticos, esto es en sistemas gobernados por el pueblo a través de sus representantes, los empleados que encabezan esos órganos: presidentes, ministros, diputados, senadores y jueces, a los cuales les pagamos para que nos sirvan, empiezan a llamarse a sí mismos “poderes” y, muy pronto, en casi todos los países, los habitantes que forman la población o el pueblo se convierten en súbditos de sus propios empleados.

Para ayudar a las teorías, que casi siempre necesitan ayuda para resolver sus incoherencias, se inventan las clasificaciones, empezando por las de “las grandes áreas”: el derecho público, el derecho privado, el derecho social, y se meten en ellas lo que se llaman las distintas materias, aun y cuando muchas veces las materias que se incluyen en tales áreas no ten-

gan otra cosa en común que alguien dictaminó que debían pertenecer a una o a la otra, y a partir de eso se les asignan las “características” necesarias para que pertenezcan a ellas. Después se clasifican las instituciones, los organismos dependientes y los departamentos de cada una de las ramas del gobierno y, naturalmente, buena parte de la enseñanza del derecho se dedica a memorizar estas clasificaciones y a construir “ficciones” para forzar a la realidad social a fin de que encaje en el esquema teórico y en cada una de sus partes imaginarias.

Creo que es conveniente, de vez en cuando, reflexionar si son realmente de utilidad algunas de las clasificaciones en el derecho y, de ser así, cuáles son verdaderamente útiles. Para esto, debemos primero olvidarnos por un momento de los diferentes prejuicios de nuestros catecismos escolares y de los dogmas que hemos aprendido, según el país en el que hayamos sido educados. Una de las maneras de iniciar la reflexión puede comenzar por la famosa distinción entre derecho público y derecho privado, sobre la cual quiero hacer solamente un breve comentario pues no es el tema de este libro, aunque sin duda tiene mucho que ver con él porque en algunos países los conflictos llamados de derecho público se resuelven por jueces distintos de los que conocen de los conflictos llamados de derecho privado.

“Ya en el derecho romano la distinción entre el *jus publicum* y el *jus privatum*, era demasiado vaga. Designaba originariamente meras diferencias técnico procesales”.³⁷ Desde los primeros años del siglo XX, Bunge, en Argentina, hacía notar que la distinción entre derecho público y derecho privado sigue la evolución general de la sociedad y “es sólo histórica. No responde a exigencias universales y permanentes, no entraña un criterio acomodable a todas las circunstancias, ni implica una esencial diferenciación con el concepto del derecho”.³⁸ En su obra teoría general del estado, Kelsen, al tratar el tema del derecho público y privado, empezaba por destacar la imposibilidad de determinar lo que esto significa:

Esta irrupción de la política en la teoría del derecho, hállase favorecida por una funestísima distinción que constituye ya hoy uno de los principios más fundamentales de la moderna ciencia jurídica. Se trata de la distinción entre derecho público y privado. Si bien esta antítesis constituye la médula

³⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del estado*, libro primero, capítulo tercero, núm. 17, E, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Nacional, 1948, p. 118.

³⁸ Bunge, Carlos Octavio, *El derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Valerio Abelardo, 1907, p. 339.

de toda la sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado.³⁹

En Francia la distinción entre el derecho público y el derecho privado se establece, desde 1873, en la famosa resolución conocida como *l'arrêt Blanco*, dictada por el Tribunal de Conflictos, en un asunto de compensación de daños que dio lugar a una cuestión de competencia entre las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones judiciales.⁴⁰ Después de la resolución en el caso *Blanco*, la consolidación de la clasificación basada en una distinción entre el derecho público y el derecho privado se apoya, en buena medida, en la obra de Maurice Hauriou, director (*doyen*) de la facultad de derecho de Toulouse, a partir de su *Précis de droit administratif et de droit public*, publicado por primera vez en 1892.⁴¹ Su importancia se acrecienta por el debate entre Hauriou y León Duguit,⁴² el célebre profesor y después *doyen* de la facultad de Bordeaux.⁴³ En la actualidad la distinción es uno de los puntos fundamentales en el derecho francés.

En México, Fraga, el más famoso autor de derecho administrativo, en su advertencia preliminar a la primera edición de su libro sobre esa materia en 1934, decía que la distinción del derecho en público y privado era fundamental precisamente “*para combatir el predominio de las ideas civilistas en la explicación de los fenómenos de la administración*”.⁴⁴ Pero no aclara por qué se necesitaba combatir tan empeñosamente a las ideas civilistas en la citada explicación. Así, primero se dedica a hacer una crítica al concepto de *servicios públicos* de Duguit y de Jèze, para substituirlos por el concepto de “*atribución*” que él propone. Después dedica un capítulo completo al tema de la distinción entre el derecho público y

³⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 37, p. 105.

⁴⁰ TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61 (1 suppl.) concl. David, D 1873.3.17, concl., S 1873.3.153, concl.

⁴¹ Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12a. ed., Sirey, 1933.

⁴² Es particularmente interesante el artículo de Hauriou sobre Duguit, “Les idées de M. Duguit”, Rec. Académie de législation de Toulouse, 1911. Véase también el artículo de Jèze, Gaston, “L’influence de Léon Duguit sur le droit administratif français”, *Archives de philosophie du droit*, 1932.

⁴³ Sobre la polémica entre Hauriou y Duguit véase Eisenmann, C., “Deux théoriciens du droit: duguit et hauriou”, *Revue Philosophique*, 1930, p. 279.

⁴⁴ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1944, p. X.

el derecho privado, en el cual examina cinco criterios de distinción entre ambos derechos y, dentro de estos criterios, varias tesis tendientes a demostrar la diferencia fundamental entre las dos áreas. Después de desecharlas todas, y de corregir algunas de las opiniones del quinto criterio para hacer “las adaptaciones indispensables a fin de armonizarlas con las ideas” que él “venía profesando desde el principio de su obra”⁴⁵ (igual que se acostumbraba hacer en muchos de los textos escolares en México), finalmente no logra precisar en que consiste tal distinción, como no sea usando el término de “atribución”, el cual, con un razonamiento circular, apoya, a su vez, en el mismo concepto de derecho público que buscaba determinar con el concepto de “atribución”.⁴⁶

En Inglaterra, como lo señala Jolowicz, el famoso profesor de la Universidad de Cambridge, “país de derecho no codificado, uno nunca se ocupa de los estudios a profundidad sobre las clasificaciones y las divisiones del derecho, de las cuales tienen necesidad en otras partes los codificadores”.⁴⁷ Así, por la falta de una distinción basada en los hechos, se explica que René David dijera que “todos los litigios sometidos a las Cortes Reales inglesas aparecen de una manera, en Inglaterra, como si fueran en cierta forma debates *de derecho público*”,⁴⁸ en tanto que Dicey, uno de los clásicos del derecho Constitucional, sostenía que *el derecho público inglés* tenía el carácter de *derecho privado*, e insistía sobre el hecho de que en Inglaterra *un único derecho rige las relaciones jurídicas entre particulares y entre particulares y funcionarios*.⁴⁹

Durante la historia del derecho inglés, la división entre derecho privado y derecho público, división que en otras partes es fundamental, no ha jugado sino un papel restringido ... En lo que concierne a los derechos y a las obligaciones de cualquier persona —particular, persona moral, o funcionario— no es normalmente necesario decidir si se trata de una cuestión de derecho público o de derecho privado ... Reconocer que un conjunto de

⁴⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁶ *Ibidem*, título primero, capítulo segundo, pp. 20-31.

⁴⁷ Jolowicz, J. A., *Derecho inglés*, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 76, que corresponde a la versión original Jolowicz, J. A., *Droit anglais*, París, Dalloz, 1986, p. 55.

⁴⁸ David, René, *Les grands systemes de droit contemporains*, núm. 278, citado por Jolowicz, *ibidem*, p. 77.

⁴⁹ Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, 10a. ed., 1959, p. 195, citado por Jolowicz, *ibidem*, p. 78.

principios y reglas de derecho constituya una rama distinta del derecho no presenta más que un interés académico y pedagógico.

Todo lo cual se manifiesta en la *Crown Proceedings Act* de 1947, “ley que ha abolido el principio de la no responsabilidad de la Corona, al prescribir que, salvo excepciones, la Corona sería tratada como una persona privada mayor de plena capacidad jurídica”.⁵⁰

Desgraciadamente, las teorías casi siempre son totalmente incapaces de mostrar la desconexión entre la realidad y el derecho, las limitaciones de éste y su utilización como medio para usar y abusar de los demás. Algunas veces, además de su inutilidad para enseñar la operación real de los órganos públicos, las teorías se convierten en un lastre para las sociedades y sirven para conservar, sin razón alguna, instituciones, formas, procesos y máximas jurídicas que han dejado de ser útiles o convenientes para esas sociedades. Así vemos cómo algunas de las teorías más veneradas son simplemente un empeño en encajar actividades nuevas en concepciones e instituciones inventadas para realidades sociales del pasado, que han dejado de existir. El mejor ejemplo de esto es la clasificación de las funciones gubernamentales a partir de la imagen inventada por Montesquieu en 1748 después de su viaje a Inglaterra entre finales de 1729 y principios de 1731, de lo que, según él, era la constitución inglesa, en la cual pretendía distinguir de manera categórica entre actividades legislativas, ejecutivas y judiciales.⁵¹ Todos aquellos que han estudiado lo que era la constitución real de Inglaterra en esos tiempos, puesto que nunca ha tenido una constitución escrita, coinciden en que la famosa teoría de Montesquieu nada tenía que ver con el funcionamiento de la estructura constitucional inglesa. Colin Turpin dice:

En Inglaterra esta teoría en el siglo diez y ocho era opuesta a la doctrina de una constitución mixta o balanceada, en la cual elementos monárqui-

⁵⁰ Jolowickz, *idem*.

⁵¹ “En realidad en Inglaterra había una estrecha vinculación entre gobierno y Parlamento; lo contrario a una «división»”, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, sección 3a., núm. 25, entre los autores ingleses, Laski se refiere a la idea de la separación de poderes de Montesquieu, diciendo: “El origen de la idea, como se sabe, yace en la famosa interpretación errónea que Montesquieu hizo de la constitución británica”, *La libertad en el Estado moderno*, Buenos Aires, Editorial Buenos Aires, 1946, p. 45. En el mismo sentido Wade and Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 11a. ed., Bradley and Ewing, 1993, pp. 55 y 56.

cos, aristocráticos y democráticos estaban juntos y se mantenían en equilibrio. A pesar de la aceptación de Blackstone de una teoría modificada de la separación *de poderes*, esta teoría no iba a prevalecer como una explicación de la estructura constitucional inglesa.⁵²

La teoría de Montesquieu sobre la imaginaria separación de los poderes en Inglaterra, fue, sin duda, muy útil para cambiar la cultura política en Francia y en otros países, y para disminuir el despotismo ilustrado de los reyes. Pero al paso del tiempo, una vez que la teoría de tres poderes y sólo tres poderes, y sus interpretaciones deformadas en todas partes del mundo, se presentaron como un dogma, la teoría les resultó de una gran utilidad a los empleados gobernantes, pues invocando la veneración y el respeto por ella empezaron por apoderarse de los órganos de gobierno para consolidar su poder arbitrario sobre la población y terminaron, como en el misterio de la transubstanciación, por convertirse ellos, personalmente, en “los poderes”.

Con frecuencia los altos empleados: presidentes, ministros, legisladores y jueces, a los cuales los habitantes les pagan para que les sirvan, se olvidan de que la separación de poderes está establecida en beneficio de los habitantes para protegerlos precisamente contra la arbitrariedades de ellos, y no para asegurarles a estos altos empleados un coto exclusivo de poder en su propio beneficio. Junto con eso, además, la renombrada teoría, reducida a tres funciones, ha servido para impedir la búsqueda de otras alternativas y la creación de nuevos órganos y de otros medios más efectivos para procurar el bienestar de las mayorías, asegurar las libertades fundamentales de los individuos e impedir el robo de los recursos de la población.

Al hablar de este tema, Kelsen señalaba que la separación de poderes

presupone que los tres llamados poderes pueden ser determinados como tres distintas funciones coordinadas del Estado, y que es posible definir las líneas que separan entre sí a cada una de esas funciones. Pero esta suposición no es corroborada por los hechos.... no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho —que sirve de base al dualismo: poder legislativo y poder ejecutivo (en el sentido más lato)— tiene sólo un carác-

⁵² Turpin, Colin, *British Government and the Constitution*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1988, p. 39.

ter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al mismo tiempo de creación y de aplicación del derecho.⁵³

A pesar del tiempo transcurrido, de su obsolescencia, de su poca utilidad en la práctica y de las consecuencias desastrosas que ha tenido cuando se ha pretendido aplicarla de manera exacta a la realidad, ya que ésta es siempre mucho más compleja que los modelos teóricos simplistas sobre el comportamiento humano, la teoría sigue repitiéndose como si fuera una verdad indiscutible. Todavía en la actualidad, en algunas escuelas de derecho, casi no existe una preocupación real por buscar los mejores medios para solucionar las necesidades sociales; pero, en cambio, sigue existiendo una gran preocupación por complacer a Montesquieu, tratando de que las instituciones de los países en donde se encuentran se ajusten a la imagen totalmente equivocada que él daba de la Constitución inglesa, hace más de 250 años. La consagración de la famosa teoría en los países del derecho continental europeo y en sus herederos en América latina, ayudó a hacer imposible de comprender la función del Lord Chancellor en Inglaterra, como ministro del gobierno, presidente de la Cámara de los Lores, de la Corte de Apelación y de la Chancery División de la High Court, (todo lo cual está en un proceso de cambio a partir del proyecto de reforma presentado por el primer ministro Blair, y todo parece indicar que el nuevo Lord Chancellor no será ya presidente de la Corte de Apelación y de la Chancery División de la High Court).⁵⁴ Lo que es indudable es que la teoría de Montesquieu ha contribuido a hacer más difícil de entender cualquier cosa que se salga del esquema petrificado de tres grandes órganos separados con funciones diferentes; por ejemplo: la operación de los sistemas parlamentarios, el funcionamiento actual del Consejo de Estado (*Le Conseil d'État*) francés que, además de sus funciones jurisdiccionales, tiene tareas administrativas y junto con ellas sirve de órgano de consulta para examinar los proyectos de ley; y ha dificultado, además, la comprensión de la razón de ser de los modernos tribunales constitucionales en Europa y en otros países del mundo, ajenos a los órganos de la estructura judicial.

⁵³ Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, p. 319.

⁵⁴ Jolowicz, "Judicial Reorganization in England and Wales: Constitutional Change in Prospect", 80. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2004, pp. 289-305.

V. ¿QUIÉNES SON LOS JUECES?

En la antigüedad eran los reyes, los líderes de las comunidades,⁵⁵ los sacerdotes de las distintas religiones y las asambleas de los habitantes⁵⁶ quienes ejercían la función de juzgar. Esta función se reducía a resolver las controversias o conflictos entre los particulares, a decidir sobre la culpabilidad y el castigo a los súbditos por las faltas que pudieran haber cometido contra los intereses del monarca⁵⁷ y a absolver o condenar a los individuos acusados de haber ofendido a los dioses.

En algunos pueblos existían jueces para juzgar de ciertos conflictos entre los particulares y algunos delitos, no así de otros que debía castigar la población directamente; todo esto independientemente de que en muchas sociedades antiguas los sumos sacerdotes fueran los jueces superiores y de que los jefes supremos nombrados por los dioses fueran la cúspide de la justicia.

Entre los judíos, por ejemplo, según el Deuteronomio, (capítulo 16, 18) Jehová le ordena a Moisés que constituya “jueces y magistrados... para que juzguen al pueblo con juicio recto” pero casi a continuación (capítulo 16, 20) le dice “administrarás la justicia con rectitud”, lo cual parece significar que es él, Moisés, el jefe supremo, el que finalmente tiene el poder de juzgar. Esto se confirmaría en el capítulo 17, versículos 2 a 5, donde se establece

En el caso que se hallaren en tu país... hombre o mujer que cometan la maldad en presencia del señor dios tuyo, de quebrantar su pacto, yéndose a servir y adorar a dioses ajenos, al sol y a la luna y a todas las estrellas del cielo, contraviniendo al mandamiento mío, y eso te fuere denunciado; si

⁵⁵ En el Deuteronomio, se menciona a los jueces y a los sumos sacerdotes como jueces supremos, pero el jefe nombrado por dios (Moisés en ese caso) era la cúspide de la justicia (Dt. capítulo 16, versículo 20).

⁵⁶ Véase Brunner H. von Schwerin, C., *Historia del derecho germánico*, Barcelona, Labor, 1936, pp. 19 y 20.

⁵⁷ En lo que era la división clásica de las infracciones en Inglaterra por su gravedad y por las sanciones, muchos siglos después, se distinguía entre “*treason*” que eran todos los actos contra los intereses del rey, que se castigaban con la tortura pública hasta la muerte; las “*felonies*” que eran los atentados con violencia grave contra las personas o los bienes de los particulares, como el homicidio, la violación y el incendio intencional, que se castigaban con la muerte en la horca, y los “*misdeameanors*”, que eran castigados con prisión, multa o flagelación.

después de haber tenido el aviso, hicieres diligentes pesquisas, y hallares ser cierto que tal abominación se ha cometido en Israel, sacarás al hombre y a la mujer que cometieron tan enorme pecado a la puerta de la ciudad y serán muertos a pedradas.

Resulta aun más difícil definir el poder de los jueces distinguiéndolo del papel del sumo sacerdote y del poder del jefe supremo en los párrafos que siguen:

Si estando pendiente ante ti una causa ... vieres que son varios los pareceres de los jueces que tienes en tu ciudad, marcha y acude al lugar que habrá escogido el señor dios tuyo donde recurrirás a los sacerdotes del linaje levítico, y al que como sumo sacerdote fuere en aquel tiempo juez supremo del pueblo, y los consultarás, y te manifestarán cómo has de juzgar según la verdad. Mas quien se ensoberbeciere y no quisiere obedecer la determinación del sacerdote que por aquel tiempo es ministro del señor dios tuyo, ni al decreto del juez, ese tal será muerto (Dt. capítulo 17, versículos 8, 9 y 12).

En Roma, en el periodo de la acciones de la ley, una vez que las cuestiones debatidas quedaban establecidas, las partes acordaban frente a un juez que se juzgara el asunto. La justicia era un asunto privado y el juez era simplemente un hombre prominente en la comunidad; sólo después del siglo III antes de Cristo, una vez que se desarrolla el sistema de apelación, la organización pública interviene en la administración de justicia. A partir de la abolición de la monarquía, igual que en otros países antes y después de esa época, los jueces eran funcionarios que, además de juzgar las disputas entre los particulares, tenían actividades administrativas y legislativas.⁵⁸

En el año 98 de nuestra era, Tácito en su obra *Germania (De origine et situ Germanorum)*, señalaba que los condes actuaban regularmente como jueces en sus condados (*pagi*), pero la declaración del derecho —según Brunner— tenía lugar en la asamblea judicial pública (*ding, worf*). Todo habitante libre estaba obligado a participar en la asamblea donde se emitía la sentencia.⁵⁹

⁵⁸ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Royce Editores, t. XVII, p. 77.

⁵⁹ Brunner C. von Schwerin, *op. cit.*, nota 56, p. 20.

VI. ¿LA FUNCIÓN JUDICIAL ES UNA ACTIVIDAD EXCLUSIVA?

A primera vista el tema de los jueces y de la función judicial parece estar bien delimitado: se trata de los jueces y del alcance del poder que han tenido y del que tienen en las sociedades actuales. Pero en cuanto empezamos a reflexionar sobre el asunto nos damos cuenta de sus muchas dificultades.

Contrariamente a las simplificaciones que se enseñan en algunas escuelas de derecho en diversos países, la historia de los jueces individuales o colegiados, en muchas partes del mundo, es una historia en la cual sus funciones, con frecuencia, son puramente ocasionales; muchas veces se ejercen al mismo tiempo que sus actividades privadas y, otras muchas, han estado mezcladas y confundidas con otras actividades públicas o simplemente se han ejercido en paralelo con otras funciones en los órganos de gobierno.

Desde la Edad Media, los jueces, según los países, pasan por situaciones muy distintas: por largos períodos en que estaban vinculados a los poblados o a las aldeas en donde vivían, como sucedía en España, y muchas veces eran al mismo tiempo alcaldes de sus municipios; por etapas en que ya vinculados al gobierno principal del reino eran dependientes del rey como en el caso del Justicia Mayor de Castilla, o eran tan independientes como el Justicia Mayor de Aragón, cuyas características se pierden en las leyendas, el cual, según se dice, podía conocer de las quejas por los perjuicios y las injurias que pudiera inferir el monarca a sus vasallos, con base en una disposición contenida en los llamados fueros de Sobrarbe, sobre los cuales —dice la *Enciclopedia Jurídica Omeba*— “no existe realmente certeza”.⁶⁰ Este Justicia Mayor de Aragón parece haber alcanzado su mayor jerarquía cuando Pedro IV, en las Cortes de Zaragoza de 1348, hizo de él una clave de su sistema político, ya que podía conocer de todas las causas de todos los oficiales y jueces delincuentes, sin que nadie, aún el mismo monarca, por vía de gracia, pudiera modificar su sentencia.⁶¹

La vinculación de la justicia con la sociedad, a través de jueces ciudadanos, no especializados en el conocimiento del derecho, fue una de las cosas que más sorprendió a Tocqueville en su viaje a los Estados Unidos, en 1831. La descripción que hace en su obra *La democracia en América* re-

⁶⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., nota 58, p. 682.

⁶¹ *Ibidem*, p. 684.

fleja claramente su asombro y su dificultad para entender lo que eran los jueces más conocidos en esa época en Norteamérica, los jueces de paz:

Los norteamericanos tomaron de sus padres, los ingleses, la idea de una institución que no tiene ninguna analogía con las que conocemos en el continente europeo; es la de los jueces de paz.

El juez de paz ocupa el término medio entre el hombre corriente y el magistrado, el administrador y el juez. El juez de paz es un ciudadano ilustrado pero que no está precisamente versado en el conocimiento de las leyes. Por eso no se le encomienda más que ser policía de la sociedad; cosa que exige más buen sentido y rectitud que ciencia. El juez de paz aporta a la administración, cuando llega a formar parte de ella, cierto gusto por las formas y por la publicidad, que hace de él un instrumento que estorba bastante al despotismo; pero él no se muestra esclavo de esas supersticiones legales que hacen a los magistrados poco capaces para gobernar.

Los jueces de paz toman parte individualmente en la administración pública. Unas veces están encargados, concurrentemente con los funcionarios elegidos, de ciertos actos administrativos; otras forman un tribunal ante el cual los magistrados acusan sumariamente al ciudadano que rehúsa obedecer, o el ciudadano denuncia los delitos de los magistrados. Pero en la corte de sesiones es donde los jueces de paz ejercen las más importantes de sus funciones administrativas.

Es necesario tener muy en cuenta que en Massachusetts la corte de sesiones es a la vez un cuerpo administrativo propiamente dicho, y un tribunal político.⁶²

Es curioso el asombro de Tocqueville frente a esos “ciudadanos ilustrados” que eran jueces temporales en Norteamérica, especialmente si consideramos que él, sin duda, conocía bien lo que había escrito Montesquieu en el sentido de que el poder de juzgar no debía pertenecer a “un determinado estado o profesión”.⁶³ Es decir, el poder de juzgar no debía atribuirse en forma permanente a jueces profesionales; debía, por el contrario, ser una función ocasional o temporal “ejercida por personas”, como en Atenas, “sacadas del pueblo”, “para formar un tribunal que sólo dure en tanto que la necesidad lo requiera”.⁶⁴

⁶² Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 89.

⁶³ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI.

⁶⁴ *Idem*.

Al día de hoy, todavía, en algunos países, por ejemplo en Inglaterra, la mayoría de los jueces son simplemente personas respetables en los poblados o en los barrios en que viven, que, además de sus actividades personales en sus oficios o sus negocios, ejercen como jueces en ciertas cuestiones familiares y en cuestiones penales⁶⁵ de pequeña importancia que se presentan en sus comunidades, las cuales, como bien sabemos, son la gran mayoría de todos los asuntos. Así, mientras los jueces profesionales en Inglaterra son un número bastante reducido para el tamaño de la población, existen en cambio 32,000 personas no profesionales⁶⁶ (comerciantes, pequeños industriales o simples propietarios) que trabajan como jueces eventuales durante un total de 26 días al año en promedio, sin recibir ninguna compensación por su trabajo, fuera del honor que dicha función representa. Estos jueces, conocidos como *magistrates* o jueces de paz, forman parte de una lista de jueces disponibles en cada comunidad⁶⁷ de la cual se selecciona a los jueces integrantes de cada Magistrate's Court que funciona siempre con varios jueces, dos como mínimo y siete como máximo.⁶⁸

En sus orígenes, la preocupación de los reyes y los señores en Europa por juzgar en sus territorios las disputas entre los particulares, tiene como finalidad evitar el enfrentamiento violento entre éstos. Pero el ofrecimiento que hacen los gobernantes de una alternativa pacífica para la solución de las controversias entre los miembros de la comunidad, no busca realmente evitar las luchas mortales entre los habitantes en beneficio de ellos mismos; esa función, como actividad del gobierno, tiene como intención, antes que todo, mantener la tranquilidad pública y la paz social como una manera de que los reyes y los señores consoliden en su favor el uso exclusivo de la fuerza, evitando, o reduciendo al menos, las lu-

⁶⁵ Además de conocer como jueces del 90% de los asuntos penales, los *magistrates* o jueces de paz en Inglaterra, según Spencer, tienen otras tareas, como son otorgar las licencias de las cervecerías o bares (*public houses*) expedir requerimientos a los padres para cumplir con su obligación de mantener a sus hijos menores y ordenar la destrucción de perros peligrosos. Spencer, J. R., *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 1989, IV parte, núm. 19.

⁶⁶ El número de los magistrados (jueces no profesionales) en Inglaterra va en aumento. Spencer en su obra citada, en 1989, hablaba de 24,000 magistrados; David Rene, *Le droit anglais*, París, Presses Universitaires de France, 2003, p. 31, habla de 32,000 magistrados.

⁶⁷ Jolowicz, *Derecho inglés*, cit., nota 47.

⁶⁸ *Justices of the Peace Rules*, 1986.

chas físicas entre los gobernados con la promesa de imparcialidad en la decisión de los conflictos. Esa facultad de juzgar incluye, también desde sus orígenes, la decisión sobre la aplicación de castigos por hechos que vayan en contra de las órdenes de aquel que tiene el poder.

En lo que toca a la justicia penal, la gran transformación se da cuando los reyes y sus cortesanos inventan la maravillosa idea de que ellos, o los hombres de sus gobiernos en nombre de ellos, eran los únicos que podían iniciar no sólo los juicios para castigar a los habitantes por los actos cometidos contra los intereses propios del rey, sino los juicios por los actos cometidos por uno de los habitantes contra otro, los cuales hasta entonces habían sido algo de la iniciativa de los individuos afectados. El argumento con el que se hace esto es un ejemplo típico precioso de la facilidad con la que los hombres de los gobiernos engañan a sus pueblos, aprovechándose de su ignorancia o de su ingenuidad: lo que se dice es que el individuo afectado por un crimen no es en realidad afectado por ese crimen, el afectado por un crimen no es la víctima que lo ha sufrido o sus familiares, sino “el reino”, “el pueblo” y, más tarde “el Estado”; por lo tanto, es el rey y sus empleados quienes deben iniciar los juicios, y son también ellos quienes deben resolver sobre la culpabilidad de los acusados y quienes deben además ejecutar el castigo en lo que ahora llamamos el derecho Penal. A partir de ese momento, los reyes, y después los empleados de los gobiernos republicanos, les quitan a los habitantes, que son la única razón de ser de los gobiernos, de las instituciones y de las leyes, el poder de actuar de manera directa para lograr el castigo de los responsables o la compensación por los crímenes contra ellos.

VII. ¿PODEMOS PRECISAR EN QUÉ CONSISTE LA FUNCIÓN JUDICIAL?

Según Escriche se entiende por juez “el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares, o sea de aplicar las leyes en los juicios civiles o en los criminales o así en unos como en otros”.⁶⁹ Esta definición coincide con la idea más generalizada según la cual los jueces son unos individuos que a nombre del gobierno deciden los conflictos entre los particulares y deciden también sobre la culpabilidad y las penas

⁶⁹ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Garnier, 1891.

que deben aplicarse a los individuos que han cometido algún delito. La idea es notoriamente insuficiente pues no comprende a los jueces que resuelven los conflictos de los particulares contra los funcionarios o las dependencias del gobierno en lo que hoy llamamos la justicia administrativa, ni a los que en algunos países resuelven los conflictos electorales, ni a los que resuelven conflictos entre distintos órganos del gobierno. Por otra parte, la idea de que los jueces resuelven a nombre del gobierno es engañosa, pues a partir del siglo XIV los jueces (*prévôts*) en Francia nombrados por el gobierno del rey empiezan a cobrar a los interesados en promover algún proceso y empiezan a tener el derecho de ceder su cargos y, a partir de 1604, se establece que los jueces deben pagar una cantidad anual (*la paulette*)⁷⁰ al tesoro del rey, como contraprestación para asegurar sus derechos de vender, dar en arrendamiento temporal sus juzgados y transmitirlos a sus herederos. Fue así como los cargos judiciales en Francia se convirtieron en negocios privados, absolutamente independientes del gobierno, durante el antiguo régimen, antes de la Revolución. Por su parte, en Gran Bretaña los jueces profesionales no resuelven a nombre del gobierno y no forman parte de lo que se llama el gobierno de su majestad, *pues ni son empleados que formen parte del gobierno ni son servidores al servicio del Estado*.⁷¹

Otra manera igualmente insuficiente de responder a la pregunta es partir de que los jueces son aquellas personas a las que en la ley se les llama jueces. Naturalmente esto dejaría fuera de este tema a todos los 300 miembros del *Conseil d'État*, que es el tribunal supremo de la justicia administrativa en Francia y que además de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución actual debe ser consultado respecto de cualquier proyecto de ley antes de que dicho proyecto sea presentado a las cámaras legislativas para su eventual aprobación;⁷² y dejaría también fuera del tema de los jueces a los miembros de las *Federal Commissions* en los Estados Unidos, a los integrantes de los tribunales administrativos en Inglaterra, y a muchos de los miembros de tribunales administrativos y laborales en distintas partes del mundo, a los cuales no se les llama “jueces”.

⁷⁰ Así se le llamó a este pago por haber sido inventado por Charles Paulet, ministro de finanzas del rey.

⁷¹ Jolowicz, J. A., *Judicial Re-Organization...*, cit. nota 54, p. 295.

⁷² Robineau Yves y Truchet, Didier, *Le Conseil D'État*, París, Presses Universitaires de France, 2002.

Podemos, desde luego, darle un enfoque distinto al problema y en lugar de preguntarnos ¿quiénes son los jueces? plantearnos en qué consiste la “jurisdicción”; pero de inmediato nos encontramos con aquella concepción del derecho romano según la cual la jurisdicción era “la suma de facultades que ahora se atribuyen al poder legislativo y las que tienen los tribunales”.⁷³ Humberto Cuenca, el profesor de la Universidad Central de Venezuela, al hablar de la jurisdicción en el derecho romano empieza por señalar que la *iurisdictio* del pretor comprendía cinco facultades, entre ellas “a) *ius edicendi*, o derecho de dictar edictos; b) *ius iudicari*, derecho de otorgar un juez a las partes; c) *ius iudicandi*, derecho a juzgar por sí mismo todo el proceso sin enviar las partes al juez... los romanos consideraban que entre las funciones administrativas estaba implícita la de juzgar”.⁷⁴ Todo lo cual en vez de aclararnos algo complica mucho más el asunto.

VIII. ¿TIENEN SENTIDO EN EL MUNDO ACTUAL LAS DISTINCIONES TRADICIONALES MODERNAS ENTRE ACTOS JURISDICCIONALES, ADMINISTRATIVOS Y LEGISLATIVOS?

Hasta principios del siglo XX en las doctrinas más aceptadas en Europa se partía, con mucha frecuencia de la creencia en que existía una distinción clara entre los actos materialmente jurisdiccionales, separándolos de los actos administrativos y legislativos. Esta era una de las premisas básicas en la enseñanza del derecho en muchos países. La determinación de lo que era el campo judicial respondía a la pregunta: ¿qué es juzgar?

La respuesta inicial a esta cuestión es la que señala que juzgar es la acción de resolver conflictos de intereses concretos entre dos o más partes; y aquí empezamos a entrar al camino en el cual necesariamente surge la enorme dificultad para distinguir entre juzgar y administrar, la dificultad de establecer una distinción clara entre un acto judicial y un acto administrativo, ya que detrás de casi todas las decisiones de la administración pública hay intereses concretos en conflicto entre diversos individuos o grupos de individuos, y los procedimientos administrativos de las dependencias de la administración pública, conforme se desarrollan, se acercan

⁷³ Pallares, Eduardo, voz “Jurisdicción”, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Porrúa.

⁷⁴ Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, EJE, 1957, p. 2.

cada vez más a los procedimientos civiles ante los jueces, a fin de garantizar adecuadamente los derechos en conflicto de los distintos interesados.

Esto supone dejar de preguntarnos, como una pregunta que pueda tener una respuesta universal, para todos los tiempos: ¿quiénes son los jueces? ya que las diferencias entre quiénes eran en la historia los jueces, qué hacían, cómo lo hacían y qué otras actividades públicas tenían al mismo tiempo, son tan grandes respecto de lo que son los jueces en la actualidad, que más bien debemos preguntarnos si se trata de un mismo oficio o si lo único que tienen en común los jueces de diferentes países y de distintas épocas es nuestro afán de llamarlos por un mismo nombre. En la historia de Roma, entre la actividad de los individuos ante los cuales se llevaba el procedimiento, en lo que se llama período de las acciones de la ley y la *iurisdictio* que practicaban los reyes, hay tales diferencias que no tiene sentido llamarlos por el mismo nombre. Entre aquellos ante los cuales se llevaba a cabo el procedimiento y los que dictaban la resolución en el derecho romano más antiguo, las diferencias son más grandes que las semejanzas. El gran historiador Theodor Mommsen en su famosa *Historia de Roma*, hablando de la situación a la caída de Tarquino el Soberbio y refiriéndose a los que llamamos *cónsules* en esa época sostiene que “en lugar del rey vitalicio, se instituyeron dos reyes anuales, que se llamaron generales del ejército (*praetoris, prae-itor*) o jueces (*iudices*), o simplemente colegas (*consules, consuls*)... encargándose el uno, por ejemplo, del mando del ejército y el otro de la administración de justicia”.⁷⁵ Al paso del tiempo, entre la función de los *cónsules*, las tareas de administración y resolución de conflictos de los diversos *praetori*, la labor de los *curules*, lo que hacían distintos tipos de *praefectus*, los *magistrados*, los *iudices* (desaparecidos durante mucho tiempo) y los llamados *recuperatores*,⁷⁶ existían tales diferencias que no es posible hablar de ellos con un nombre genérico. Como lo hace notar Vittorio Scialoja, “hoy estamos tan habituados a distinguir la autoridad judicial de la autoridad administrativa, con una línea precisa de separación entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, que difícilmente llegamos a concebir un orden diferente de cosas. No era así en el derecho público romano; por el contra-

⁷⁵ Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, versión en español de A., García Moreno, t. I: *De la fundación a la República*, 8a. ed., Madrid, Aguilar, 1990, pp. 295 y 296 (que corresponde a los libros I, II y III de la *Römische Geschichte*, publicada en 1855-1856).

⁷⁶ Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, EJE, 1954, pp. 105-121.

rio, la jurisdicción, o sea la función de la autoridad judicial, iba mezclada con la función del poder ejecutivo y administrativo, del cual incluso era consecuencia”.⁷⁷ Dentro de todas estas funciones difícilmente encontramos alguna figura que pueda parecerse a los jueces actuales.

En la historia de Francia los jueces fueron sucesivamente y a veces al mismo tiempo los *prévôts*, que principalmente desempeñaban al principio funciones fiscales, de policía y de administración, y secundariamente funciones judiciales a nombre del rey. Junto con ellos desempeñaba funciones judiciales la Corte del rey en el parlamento, *curia regis in parlamento*, y además, el rey mismo, como la cúspide de la justicia. Después, a partir del siglo XIV los *prévôts* se especializan y casi dejan totalmente sus funciones administrativas, se independizan del gobierno del rey y se agremian en los diferentes *parlements* (trece en total en todo el reino), que ya para entonces son sindicatos de jueces que ejercen un oficio libre.

En Inglaterra desde finales del siglo XV la Corte judicial del rey, *Court of Chancery*, tenía como juez principal al *Lord Chancellor*, que, como lo señala el profesor Jolowicz, “era al mismo tiempo un juez y un administrador y como alto oficial del Estado era también miembro de la legislatura (“by the late 15 Century, the Chancellor was both a judge and an administrator. As a high officer of State he was also a member of the Legislature”).⁷⁸

Una de las ideas que todavía se mencionan sobre la función judicial es la que señala que aún cuando no puede hacerse una distinción clara entre la actividad administrativa y la actividad judicial, existe una distinción evidente entre la actividad legislativa y la judicial, es decir, que existe una distinción entre las leyes y las decisiones judiciales. Los actos legislativos, es decir las leyes, son reglas de aplicación general a diferencia de las resoluciones judiciales, que únicamente se ocupan de un caso específico y solamente tienen efectos sobre aquellos que son partes en ese juicio. Naturalmente esta distinción a partir de una función judicial separada y diferente de la creación de reglas de aplicación general, no tiene ningún sentido dentro de la concepción del derecho del *Common Law*, en la cual, a partir de las resoluciones judiciales en los casos concretos se forman las reglas generales en las que se contiene precisamente ese “derecho común”; por otra parte en los sistemas en que se sigue sosteniendo que el derecho lo hacen

⁷⁷ *Ibidem*, p. 105.

⁷⁸ Jolowicz, J. A., *op. cit.*, nota 54, p. 291.

los órganos legislativos, cada vez se reconoce más la necesidad de darle a las resoluciones dictadas por los jueces, especialmente a los de las cortes superiores, por lo menos en ciertos casos, efectos generales, es decir, ver o reconocer como reglas generales los criterios contenidos en las resoluciones de las cortes y los tribunales superiores.

En su famosa conferencia sobre *El método en la sociología y el juez como legislador*, recopilada después en su obra *The Judicial Process*,⁷⁹ Benjamín N. Cardozo, juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 1932 a 1938, destacaba que frente al derecho establecido por las leyes formales, la función del juez en el proceso judicial se debe apoyar, igual que la función del legislador, en la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los estándares aceptados de lo que es una conducta correcta: “esas son las fuerzas que solas o combinadas conforman el progreso del derecho”; y que, además, el interés social al cual sirven la simetría y la certeza del derecho hecho por el legislador, debe ser balanceado contra el interés social al cual sirven la equidad, la justicia y otros elementos del bienestar social. El juez y el legislador, “cada uno legisla dentro de los límites de su competencia”. “No hay nada nuevo en esta forma de ver la función judicial; esta es la manera en que las cortes judiciales han hecho su trabajo durante siglos en el desarrollo del *Common Law*”.⁸⁰ Sin duda los límites para el juez son más estrechos, pues, como lo dice citando a Charmont: “el juez no puede intervenir sino para suplir las fuentes formales, pero aun en esa medida no tiene amplitud total para crear reglas de derecho. Así no puede ni acabar con los principios generales de nuestra organización jurídica, explícita o implícitamente consagrados, ni hacer una reglamentación al detalle para el ejercicio de ciertos derechos”.⁸¹

La distinción entre la actividad legislativa y la actividad judicial como una separación drástica de funciones, obviamente, no tiene ningún respaldo histórico; en la historia fueron muchas las situaciones en que los grandes personajes que tenían el poder sobre la población ejercían todas

⁷⁹ El título completo del famoso libro de Cardozo es *The Nature of the Judicial Process*, Haven, Yale University Press, publicado por primera vez en 1921 y en él aparecen las cuatro conferencias ofrecidas en la Universidad de Yale.

⁸⁰ “There is in truth nothing revolutionary or even novel in this view of the judicial function. It is the way that courts have gone about their business for centuries in the development of the common law”. *Ibidem*, 116.

⁸¹ Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 181, citado por Cardozo, *op. cit.*, nota 79, p. 114.

las funciones de gobierno y, al decidir un caso particular hacían de su resolución una regla general que, naturalmente, podían cambiar o derogar cuando lo quisieran. El Parlamento inglés, que según Trevelyan era al mismo tiempo una asamblea con funciones legislativas, administrativas y judiciales, es también un ejemplo histórico de esto último.⁸² En lo que toca a que en un buen gobierno esas funciones “diferentes” deban estar encomendadas a entidades distintas, es oportuno recordar las intervenciones del Parlamento inglés en la actualidad sobre algunas decisiones judiciales en los casos *Rookes vs. Barnard*⁸³ y en *Burmah Oil Co.*⁸⁴ en que se hicieron dos leyes precisamente para dejar sin efecto esas resoluciones judiciales.

Es en este punto y a propósito de la posibilidad de que los jueces puedan no únicamente declarar el derecho de las partes en el caso que se les presenta sino anular, es decir derogar, disposiciones generales contenidas en las leyes expedidas por las asambleas legislativas en donde, a pesar de sus incoherencias y de su pobreza argumentativa, se ve la gran importancia de la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* en los Estados Unidos.

Como lo he señalado anteriormente, la búsqueda de una definición general absoluta para caracterizar una función de los hombres y mujeres que han desempeñado una actividad pública, válida para todos los casos en todos los países y en todas las épocas, es imposible. Debemos conformarnos con aproximaciones generales y con descripciones de las características específicas que tiene una función; es decir, con la descripción de qué es lo que hacen ciertos jueces o ciertos funcionarios, en un determinado país en la época de la que estemos hablando.

En el estado actual de la discusión sobre la diferencia entre la actividad legislativa y la actividad judicial, la distinción basada en que, aun cuando ambas dicen lo que es el derecho, la actividad legislativa lo hace de una manera general emitiendo reglas que valen para todos aquellos que se encuentran en la misma situación o comparten las mismas características; en tanto que, en la actividad judicial, normal o habitualmente, se dice lo que es el derecho solo con efectos para el caso específico que se está juzgando, puede ser de alguna utilidad, pero de ninguna manera es una

⁸² “It was not more legislative than administrative, not more financial than judicial”. Trevelyan, G. M., *A shortened history of England*, Inglaterra, Penguin Books-Middlesex, 1971, p. 151.

⁸³ *Rookes vs. Barnard*, 1964, A.C. 1129.

⁸⁴ *Burmah Oil Co. Ltd. vs. Lord Advocate*, 1965, A.C. 75.

distinción absoluta. Las declaraciones de los jueces, generalmente, las más de las veces, en casi todas partes del mundo, sólo tienen efectos en el caso específico que les fue presentado para su resolución. Si suprimimos esta manera de distinguir la actividad del juez de la actividad del legislador, que como muchas otras cosas es sólo una distinción general y aproximada, y aceptamos que ambas pueden consistir en el establecimiento de reglas generales, sucede que en algunos casos es imposible diferenciarlas, lo cual resulta escandaloso para muchas personas dedicadas al estudio del derecho. En mi opinión, el hecho de que los jueces puedan en algunos casos establecer reglas que tengan efectos generales, no afecta el orden jurídico, ni causa por sí mismo un daño social. En cuanto a la cuestión de si esa actividad va en contra del “Estado de derecho”, debo decir que esa es una pregunta imposible de contestar, porque no existe el menor acuerdo entre los estudiosos sobre qué significa tal expresión; los tratadistas, los jueces y los abogados la usan con tantas significaciones distintas, que acaba por ser una expresión claramente inútil para describir cualquier cosa.

PUNTOS CRÍTICOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO

Miguel de Jesús ALVARADO ESQUIVEL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo*. III. *Primer punto crítico: la ausencia de medios legales de los tribunales de amparo para hacer cumplir sus sentencias*. IV. *Segundo punto crítico: el principio de inembargabilidad de los bienes de los órganos públicos*. V. *Conclusión: necesidad de reformas legales que lleven a la inmediata eliminación de dichos puntos críticos*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Incumplir una sentencia es incumplir la
Constitución.

García de ENTERRÍA, E.

Al recibir y agradecer la gentil —aunque inmerecida— invitación del doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor de colaboración en este muy merecido homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio, fueron varios los temas que dentro del derecho procesal Constitucional me vinieron a la mente, aunque sin duda, si algo caracteriza al doctor Fix-Zamudio, en el amplio sentido profesional, es la búsqueda permanente de los instrumentos jurí-

* Doctor en derecho por las universidades de Salamanca, España y por la Universidad Nacional Autónoma de México; juez decimosegundo de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal.

dicos para que los diversos medios de control de la constitucionalidad de normas generales y actos recogidos en nuestra Carta Suprema, conduzcan a la necesaria, pronta y eficaz justicia constitucional para todos los ciudadanos que la demanden legítimamente.

Por ello, ahora que caigo en cuenta —y todos los lectores lo admitirán también—, han sido múltiples las publicaciones, conferencias y seminarios que desde su incansable actividad ha impulsado el doctor Fix en torno precisamente a la justicia constitucional; por este principal motivo y, sobre todo, en defensa de los valores que don Héctor me ha inculcado al leer sus interesantes publicaciones, asistir a esas conferencias y seminarios, he decidido sumarme modestamente a este sentido homenaje con las siguientes reflexiones y propuestas en torno al reconocimiento de dos puntos críticos u obstáculos que, a mi juicio, se presentan en la ejecución de las sentencias dictadas en el juicio de garantías: *a)* la carencia absoluta de medios de que adolecen los tribunales de amparo, principalmente los jueces de Distrito, para obligar a las autoridades responsables a cumplir, oportuna y cabalmente, con las ejecutorias de amparo y, *b)* el principio de inembargabilidad de los bienes de los órganos públicos que, como intentaré justificar, constituye hoy en día un privilegio anacrónico y carente de sentido.¹

Además, el terreno de la ejecución de las sentencias de amparo es siempre apasionante porque implica, sin duda alguna, el cierre imprescindible del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a una justicia constitucional pronta y completa, reconocido —con carácter de garantía individual— en el artículo 17 de la Constitución federal, pues el derecho de acceso a los tribunales se convertiría en una mera declaración retórica

¹ Aquí debo aclarar de inmediato que los dos obstáculos recién mencionados no son los únicos puntos críticos que en la práctica judicial se presentan al momento de intentar ejecutar una sentencia de amparo; por ejemplo, el principio de legalidad presupuestaria, recogido en el artículo 126 constitucional, sorpresivamente ya es una más de las múltiples armas con las que cuentan las autoridades responsables para buscar “librarse” del cumplimiento de las sentencias de amparo de condena pecuniaria (para un estudio crítico de este principio puede consultarse mi trabajo “Un extraño ataque a las ejecutorias de amparo: la insuficiencia presupuestaria de las autoridades administrativas”, *Derecho presupuestario. Temas selectos*, México, Porrúa, 2006, pp. 185 y ss.). Sin embargo, los dos obstáculos objeto de esta honrosa colaboración, *casi sin darnos cuenta jueces y abogados*, requieren de un análisis más amplio y meditado que valore su justificación o no, ya que, desde ahora lo digo, suponen a mi juicio una limitación adicional a la potestad judicial que priva de eficacia a las ejecutorias de amparo y, por tanto, debilitan la configuración del anhelado Estado social y democrático de derecho.

si el ordenamiento jurídico no articula medios eficaces y elimina o atenúa privilegios actualmente insostenibles que garanticen la plena y puntual ejecución de los pronunciamientos, firmes de todo recurso, de los tribunales de amparo.

A esos medios y privilegios me referiré a continuación, esperando estar a la altura de esta publicación y especialmente al objetivo que siempre ha perseguido el doctor Héctor Fix-Zamudio que, como ya lo señalé, no es otro que acercar la justicia constitucional a la ciudadanía.

II. PUNTOS CRÍTICOS EN LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO

Desde el punto de vista del Estado de derecho, es esencial que la administración observe una conducta de ejemplar cumplimiento, sin demoras injustificadas, de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, y, en especial, cuando afectan a derechos fundamentales.

Informe de 1984 del Defensor del Pueblo español a las Cortes Generales

Como hemos dicho, la ejecución de las sentencias de amparo integra el contenido mínimo del derecho a una justicia pronta y completa establecido en el artículo 17 de la Constitución federal y, por ello, se configura como un auténtico derecho fundamental.

El artículo referido prescribe, en la parte conducente, lo siguiente:

Toda persona tiene *derecho* a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, *emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial*. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.²

² El énfasis es nuestro.

Asimismo, la ejecución de las sentencias de amparo constituye una función legalmente atribuida a los órganos judiciales correspondientes, tal y como lo establece el artículo 105 de la Ley de Amparo que, en la parte que me interesa, establece lo siguiente:

Si dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación a las autoridades responsables la ejecutoria no quedare cumplida, cuando la naturaleza del acto lo permita, o no se encontrare en vías de ejecución en la hipótesis contraria, *el juez de Distrito, la autoridad que haya conocido del juicio o el Tribunal Colegiado de Circuito*, si se trata de revisión contra resolución pronunciada en materia de amparo directo *requerirán, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, al superior inmediato de la autoridad responsable para que obligue a ésta a cumplir sin demora la sentencia*; y si la autoridad responsable no tuviere superior, el requerimiento se hará directamente a ella. Cuando el superior inmediato de la autoridad responsable no atendiere el requerimiento, y tuviere, a su vez, superior jerárquico, también se requerirá a este último.

*Cuando no se obedeciere la ejecutoria, a pesar de los requerimientos a que se refiere el párrafo anterior, el juez de Distrito, la autoridad que haya conocido del juicio o el Tribunal Colegiado de Circuito, en su caso, remitirán el expediente original a la Suprema Corte de Justicia, para los efectos del artículo 107, fracción XVI de la Constitución Federal, dejando copia certificada de la misma y de las constancias que fueren necesarias para procurar su exacto y debido cumplimiento, conforme al artículo 111 de esta Ley.*³

A primera vista, pues, parecería que la ejecución de las sentencias de amparo cuentan con las disposiciones legales suficientes para su pleno e inmediato cumplimiento por parte de las autoridades responsables.

Sin embargo, como ha dicho Eduardo García de Enterría, la inejecución de sentencias es una situación social visible y escandalosa. Agrega que no se trata de actitudes aisladas, sino de una actitud normal y corriente de la Administración, tranquilamente parapetada en lagunas legales y privilegios tradicionales desde los cuales actúa habitualmente, incluso con buena conciencia.⁴

³ El énfasis es nuestro.

⁴ García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 148 y 156.

Frente a este aparente conflicto, el *iter* lógico de este estudio me obliga a cuestionar si estamos frente a un derecho fundamental de carácter absoluto —en cuyo caso cualquier conflicto con otro derecho o interés se resuelve, fatalmente, a favor de la ejecución de las sentencias de amparo— o, por el contrario, sólo es un derecho relativo y, por ello, susceptible de ser modulado, en atención a los intereses en conflicto. De este modo, se trata de determinar si existe alguna norma jurídica o institución que constituya un límite legítimo al derecho a la ejecución de las sentencias protectoras de garantías.

A mi juicio, la inexecución de las sentencias de amparo en nuestro país es, sin temor a exagerar, un problema de notoria gravedad. Como ya adelanté, la culpa de ello es, por un lado, la falta de instrumentos o medios eficaces de los tribunales de garantías para obligar a las autoridades responsables a cumplir con las sentencias de amparo y, por el otro, el principio de la inembargabilidad de los bienes de los órganos públicos.⁵

Expuesto así el problema, y reconociendo que el derecho a la ejecución de las sentencias de amparo es, en principio, relativo, aunque debe ser estricto y de ineludible e inmediato cumplimiento, es el momento de analizar cuál es el verdadero contenido y alcance de dichos puntos críticos y hasta qué grado son sostenibles, intentando fijar sus límites concretos en los casos en que sea necesario o abogando por su reforma o derogación cuando se justifique que constituyen auténticos obstáculos perniciosos para la eficaz ejecución de las sentencias de amparo.

III. PRIMER PUNTO CRÍTICO: LA AUSENCIA DE MEDIOS LEGALES DE LOS TRIBUNALES DE AMPARO PARA HACER CUMPLIR SUS SENTENCIAS

La falta de medios eficaces ha creado un estado en el administrado, compuesto en dosis similares, de desaliento y desconfianza.

A. CIURANA

⁵ En realidad, el cumplimiento de las sentencias de amparo se ha ido complicando paulatina y desafortunadamente para los justiciables, y ello no sólo por los puntos críticos mencionados, sino también por otras figuras como la caducidad de su procedimiento y la falta de medidas de apremio como el arresto administrativo, entre otros muchos más que por cuestión de espacio dejo su estudio para otra ocasión.

Según hemos visto, los artículos 17 de la Constitución Federal y 105 de la ley de la materia, hacen a los tribunales de amparo titulares exclusivos del poder de ejecución y como últimos responsables, en definitiva, de que las sentencias lleguen a cumplirse en todos sus extremos.

Es decir, la posición de los tribunales de amparo en el sistema de ejecución de las sentencias protectoras de garantías ha de estar intensamente modelado por la incidencia de su configuración como garantes y tutores últimos de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, si es a los tribunales de amparo a quienes corresponde en exclusiva la ejecución de sus sentencias y a quienes compete otorgar la tutela efectiva del derecho a la ejecución de lo resuelto, es preciso que el ordenamiento jurídico los dote de poderes, medios o instrumentos suficientes y eficaces para que asuman, con todas sus consecuencias, la responsabilidad que por la Constitución Federal tienen asignada.

Lo anterior se da por hecho si recordamos de nuevo el tercer párrafo del artículo 17 constitucional, que dice:

“Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.⁶

No obstante las buenas intenciones del Constituyente, la realidad es otra. En efecto, aunque suene aventurado, el ordenamiento jurídico no pone en manos de los tribunales de amparo *ningún* medio o instrumento efectivo para satisfacer el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias de amparo.

Así es, basta una simple lectura del artículo 105 de la Ley de Amparo, para descubrir que únicamente se encuentran *cargas* a los tribunales de amparo para “requerir”, respetando eso sí, el principio jerárquico, a las autoridades responsables para que cumplan las ejecutorias de amparo, sin que en dicho dispositivo se dote a estos tribunales de instrumentos o armas para vencer la recurrente contumacia de las citadas autoridades a cumplir con las sentencias protectoras de garantías, sobre todo cuando, al final del tortuoso procedimiento de ejecución, se traducen en el pago de una determinada cantidad de dinero (devoluciones de impuestos, indemnizaciones por expropiaciones inconstitucionales, entre otros muchos casos).

En mi opinión, lo que la ejecución de las sentencias de amparo requiere son actuaciones efectivas y no un excesivo procedimentalismo en que

⁶ El énfasis es nuestro.

incurren, sin remedio, los tribunales de amparo que, casi en todos los casos, parecen limitarse a ser intermediarios de un simple envío y recepción de oficios con las autoridades responsables (oficio de requerimiento del tribunal de amparo-oficio de las responsables informando que la ejecutoria de amparo está en “vías” de cumplimiento... oficio de..., oficio de...). Ante esta práctica cotidiana, como es lógico suponer y comprobar, los expedientes en la etapa de cumplimiento en los tribunales engordan como ballenas sin provecho alguno para los impacientes quejosos demandantes de la justicia constitucional.

Por ello, considero que antes de declarar la responsabilidad de un órgano jurisdiccional por la vulneración del derecho a la ejecución de las sentencias, habrá que comprobar con qué medios cuenta y, si en el caso concreto, resultan o no aplicables. Ahora, si no existen tales medios o éstos son insuficientes, resultaría contrario al más mínimo principio de justicia, hacer responsable al órgano jurisdiccional por tal inejecución. En estos casos, sin lugar a dudas, la responsabilidad —por simple omisión— habrá que atribuirla al legislador.

Efectivamente, el Constituyente no puede ser más categórico al establecer en el artículo 17 constitucional, a favor de los tribunales, que “*Las leyes federales... establecerán los medios necesarios para... la plena ejecución de sus resoluciones*”.⁷

De este modo, al no preverse en ley mecanismos, intimidatorios o coactivos, para lograr la eficacia de las sentencias de garantías, el cumplimiento voluntario y oportuno de éstas no se verifica casi en ningún caso. Esta situación supone el reconocimiento —fuera ya de época en mi opinión— de la existencia de una esfera de auto tutela administrativa que se opone a la total judicialización de la ejecución de las sentencias de amparo, pues si efectivamente el cumplimiento de la sentencia sólo puede llevarse a efecto por la propia Administración condenada, se deja al administrado huérfano de medidas judiciales y, consecuentemente, en la más absoluta indefensión, cuando, como es fácil acreditar, el cumplimiento voluntario no se produce.⁸

Así, pues, la premisa de la que parto —si los tribunales de amparo son los únicos que tienen potestad para ejecutar, en ellos recaerá la responsa-

⁷ El énfasis es nuestro.

⁸ “Un juez que ni siquiera puede constreñir a la administración a ejecutar su sentencia no es un juez”, es lo que dice con mucha razón M. Hauriou en su *Obra escogida*, Madrid, Santamaría y S. Muñoz Machado-IEA, 1976, p. 56.

bilidad por inejecución de la sentencia—, tiene que ser matizada dado que los motivos que pueden conducir a que una sentencia protectora de garantías no se haga efectiva responde a criterios de distinta naturaleza.

En efecto, la inejecución de la sentencia de amparo puede deberse a que el haz de facultades legales atribuidas a los tribunales, sea inexistente —como en el caso—, o insuficiente. En el supuesto en particular, la inejecución no generará la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales, sino del legislador que, como en el supuesto de la Ley de Amparo, no ha dotado —por olvido o desinterés— a los tribunales con alguna de las medidas ejecutivas necesarias para que puedan desempeñar, plena y eficazmente, la función jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado.

De cualquier forma, aunque desde el punto de vista constitucional sea admisible excepcionalmente la regulación de reducidos límites al derecho a la ejecución de sentencias de amparo por cuanto que este derecho no es, como he dicho, un derecho absoluto, estos límites —como en verdad ocurre— nunca podrán llegar a dejar vacío de contenido el derecho constitucional a la ejecución de esas sentencias, de forma que se impida a los tribunales la adopción de cualquier medida ejecutiva.

Ahora, si el reconocimiento de privilegios a las autoridades responsables hace inaplicables las medidas ejecutivas reconocidas por el ordenamiento jurídico, la responsabilidad por la vulneración del derecho a la ejecución de la sentencia será, de nuevo, del legislador.

Por otro lado, también puede suceder que el ordenamiento legal sea difuso y que pudiendo ser interpretado de otra forma —conforme a la Constitución— sea interpretado a favor del sujeto titular de dichos privilegios. Sólo en estos casos, entonces sí, podemos predicar la responsabilidad de los órganos judiciales por producir interpretaciones nocivas que frenen o dificulten el inmediato y completo cumplimiento de las sentencias de amparo, o bien, por no adoptar todas las medidas que tienen a su disposición para garantizar la efectividad del fallo constitucional.

Sin embargo, reitero que en el caso de la Ley de Amparo, el legislador federal ha incumplido, a mi juicio, el mandato impuesto por el Constituyente en el artículo 17 de la norma suprema, ya que la ejecución por los propios tribunales de garantías a través de sus exclusivos medios es un bonito “brindis al sol” sin posibilidad de éxito, simplemente porque *dichos tribunales carecen, por completo, de esos medios para hacer efectivos sus pronunciamientos.*

Ante este lamentable panorama, lo que hace falta es muy sencillo: poner en manos de los tribunales de amparo medios o instrumentos legales dirigidos a garantizar la efectividad de sus resoluciones judiciales firmes.

¿Es mucho pedir?

Por ejemplo, en este intento de instaurar un sistema que garantice una tutela eficaz, si transcurrido el periodo de cumplimiento voluntario —veinticuatro horas si el acto a cumplir lo permite— éste no se ha verificado, debe preverse legalmente que el tribunal de amparo pueda proceder a la adopción de medidas compulsivas dirigidas a persuadir inmediatamente a las autoridades responsables de su actitud incumplidora.

Con carácter general, las medidas que van destinadas a forzar la voluntad de la autoridad responsable —oída, vencida y condenada al cumplimiento—, para que, por los canales administrativos correspondientes, proceda al cumplimiento, pueden clasificarse en preventivas o coercitivas.

Dentro de las medidas coercitivas puedo volver a hacer otra clasificación que distinguiría las personales o corporales, que son aquellas que amenazan al deudor-ejecutado, en el caso al servidor público que encarna a la autoridad responsable, con la pérdida de su libertad personal; de las *patrimoniales*, en las que la intimación se realiza directamente sobre el peculio de ese servidor público.

En esta última clase de medidas coercitivas se encuentran incluidos diversos mecanismos, como la imposición de multas.

Efectivamente, las multas coercitivas son obligaciones pecuniarias de naturaleza compulsiva que persiguen el voluntario cumplimiento de lo ordenado en la sentencia o en un acuerdo judicial determinado. Se trata de medidas coercitivas de carácter económico o patrimonial, que pueden ser impuestas por el órgano jurisdiccional para conseguir el cumplimiento de sus resoluciones, normalmente sentencias de condena.

De este modo, si definimos la multa coercitiva como la amenaza, apercibimiento o constricción de contenido económico que, adoptada por los órganos jurisdiccionales, va dirigida a conseguir que la autoridad responsable proceda al cumplimiento de la obligación contenida en la sentencia y cuya cuantía se ingresaría en el Tesoro Público, debo concluir que nos encontramos, con medidas cuya finalidad última es la disuasión de esa autoridad, pudiendo afirmar, por esta razón, que tiene también una naturaleza disuasoria.⁹

⁹ Para un estudio más amplio de las multas coercitivas, puede consultarse a López Gil, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la administración*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 247 y ss.

Derivado de lo anterior, me declaro partidario de reformar la ley de la materia para establecer en favor de los tribunales de amparo, como un medio o instrumento para obligar a las autoridades responsables a acatar plena y oportunamente la sentencia de garantías, la posibilidad de imponer, una vez notificado el requerimiento de cumplimiento y vencido el plazo legal para cumplir con la ejecutoria de amparo, sin que tal requerimiento sea atendido o justificado suficientemente, una multa coercitiva *por cada día* que dure ese incumplimiento, ya que tales sanciones disfrutan de una naturaleza disuasoria en la medida en la que persiguen imponer un castigo al servidor público negligente por el incumplimiento del pronunciamiento constitucional. Su importe podría ir de \$1,000.00 a \$25,000.00 y, caso a caso, se fijaría en un acuerdo debidamente fundado y motivado, según el prudente arbitrio judicial del tribunal de amparo.

Desde luego, la individualización de la responsabilidad por no acatar una ejecutoria de amparo recaería directamente sobre el funcionario competente para el cumplimiento y, en donde más le duele, o sea, sobre su bolsillo, lo que garantizaría una mayor efectividad de la misma ejecutoria en la medida en la que puede hacerse efectiva, previo oficio a la administración tributaria correspondiente, de forma inmediata a través del procedimiento administrativo de ejecución que regula el Código Fiscal de la Federación.

Asimismo, no sólo cabe la imposición de las multas coercitivas al servidor público responsable de la materialización del fallo, sino a todo aquel agente que, aun no estando obligado directamente por la sentencia de amparo, desoiga la petición de colaboración que le dirija el órgano jurisdiccional.

Por ejemplo, si el tribunal de amparo requiere el cumplimiento de la sentencia constitucional al inferior o superior jerárquico y éstos, sin más, asumen la cómoda actitud de no cumplir ni informar siquiera, dentro del plazo legal, al tribunal las razones —justificadas o no— de ese incumplimiento. En este supuesto, la hipótesis generadora de la multa se actualizó de inmediato, pues la autoridad responsable asumió una actitud que, precisamente a sabiendas de que no pasa nada, conllevan al desacato, consciente y despreocupado, del fallo constitucional. Al no haber infracción legal alguna, pues tampoco hay sanción para nadie y el cumplimiento de la ejecutoria de amparo, ¡bien gracias!

En suma, con la finalidad de dar efectividad a las ejecutorias dictadas en el juicio de garantías, y ante la actitud de la autoridad responsable re-

nente al cumplimiento de lo sentenciado de colocarse en una posición de obstaculización a la acción de los tribunales de amparo, mi propuesta se reduce a establecer un instrumento o arma para los tribunales de amparo, consistente en una medida conminatoria y apremio pecuniario, es decir, en una *multa* coercitiva por cada día que el requerimiento respectivo no sea atendido justificadamente por la propia autoridad responsable, intentando así evitar que ésta pueda desobedecer impunemente las órdenes de un tribunal constitucional.

IV. SEGUNDO PUNTO CRÍTICO: EL PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DE LOS ÓRGANOS PÚBLICOS

De poco serviría reconocer y proclamar la universal sumisión de los actos de los entes públicos a los instrumentos de fiscalización jurisdiccional, si luego cuentan aquéllos con las suficientes vías de escape para eludir el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales que les reclaman.

A. RUIZ OJEDA

A mi juicio, otro de los puntos críticos u obstáculos que tienen las sentencias de amparo para ser cumplidas por las autoridades responsables, es el principio de inembargabilidad de los bienes de éstas, previsto en el primer párrafo del artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo.

Dicho dispositivo legal, dispone lo siguiente:

*Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.*¹⁰

¹⁰ El énfasis es nuestro.

Este punto crítico u obstáculo es en verdad uno de los privilegios que con mayor vigor han lesionado la efectividad de la obligación constitucional de las autoridades responsables de cumplir con las ejecutorias de amparo, ya que, en resumidas cuentas, supone la imposibilidad absoluta de proceder ejecutivamente contra los bienes públicos. Por tanto, en principio, ningún órgano judicial puede desplegar facultades ejecutivas contra los patrimonios administrativos.

El llamado *privilegium fisci* nació como una limitación de las facultades ejecutivas de los tribunales ordinarios contra la Administración Pública, dado que eran éstos los que en el momento de la aparición del privilegio, a mediados del siglo XIX, conocían de la mayor parte de los asuntos contenciosos. Posteriormente, se extendió al resto de jurisdicciones y en la actualidad puede decirse que opera en todas ellas.¹¹

Los argumentos que se han manejado con el fin de dar una explicación y fundamentar la existencia y la pervivencia de este exorbitante privilegio, han sido tres: la separación de poderes, el principio de legalidad presupuestaria y el principio de continuidad de los servicios públicos.

Sin embargo, a mi entender, ninguno de tales principios puede ser mantenido, tal cual, en la actualidad.

En efecto, el principio de división de poderes no lo justifica desde el momento en que, como ya se dijo, la ejecución de las sentencias de amparo corresponde en exclusiva a los órganos del Poder Judicial Federal, de ahí que la existencia de tal privilegio a favor de la Administración Pública, desvincula y subordina a ésta al Poder Judicial de la Federación. O, al menos, se produce una injerencia entre poderes inadmisibles en todos los casos.

Respecto al principio de legalidad presupuestaria, cabe señalar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha ocupado de

¹¹ Martínez Giner, L. A., asegura que una breve referencia histórica nos lleva a encontrar los orígenes del privilegio de inembargabilidad en España, en particular, en la Real Orden de fecha 28 de febrero de 1884 que limitó el efecto de las sentencias condenatorias de las administraciones al reconocimiento del crédito sin que pudiera procederse a su ejecución, en su amplio estudio, *La hacienda pública deudora. Un análisis de derecho financiero, con especial referencia al cumplimiento de las obligaciones públicas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, p. 337. Con el paso del tiempo este privilegio se extendió por muchas naciones y a México llegó hasta encontrarse en el Código Federal de Procedimientos Civiles publicado en 1943, en la norma arriba transcrita.

restarle fuerza frente al principio de justicia pronta y completa contenido en el artículo 17 constitucional.¹²

Finalmente, se ha alegado, como tercer argumento en defensa de la prerrogativa de la inembargabilidad, que el hecho de que los bienes de la administración pública —federal, estatal o municipal— pueden estar afectos al cumplimiento de un servicio público determina que deban gozar de un régimen especial de protección, pues de otra manera se atentaría contra la continuidad de tales servicios en perjuicio de la colectividad.

Ante este inocente argumento, de inmediato habrá que preguntar qué tipo de bienes tienen los órganos públicos y cuál es su régimen jurídico particular, sin presuponer, de antemano, que “*todos*” los bienes de la administración gozan de tal privilegio.

Al efecto, el Código Civil Federal dispone en sus artículos 764 a 771, en la parte relativa, que los bienes son de dominio del poder público o de propiedad de los particulares; que son bienes de dominio del poder público los que pertenecen a la Federación, a los estados o a los municipios; que los bienes de dominio del poder público se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios; que *los bienes de uso común son inalienables* y, finalmente, que *los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios, pertenecen en pleno dominio a la Federación, a los estados o a los municipios; pero los primeros son inalienables e imprescriptibles, mientras no se les desafecte del servicio público a que se hallen destinados...*¹³

Por su parte, la Ley General de Bienes Nacionales, en lo que interesa, dispone en sus artículos 6o., 13, 59, 84, 85 y 131, que están sujetos *al régimen de dominio público* de la Federación, entre otros bienes, los inmuebles federales que estén *destinados* de hecho o mediante un ordenamiento jurídico *a un servicio público*; que *los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables* y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión

¹² Véase las tesis cuyos rubros dicen: “SENTENCIAS DE AMPARO. EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, COMO CUMPLIMIENTO SUSTITUTO DE AQUÉLLAS, NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE GESTIONE Y OBTenga LA PARTIDA PRESUPUESTAL CORRESPONDIENTE”, Y “SENTENCIAS DE AMPARO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 126 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TRATÁNDOSE DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO DERIVADAS DE SU CUMPLIMIENTO”, con números de registro en el IUS 187,084 y 187,083, respectivamente.

¹³ El énfasis es nuestro.

definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros; que están destinados a un servicio público, entre otros, los siguientes inmuebles federales: “los recintos permanentes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación; los destinados al servicio de los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación; los destinados al servicio de las dependencias y entidades; los destinados al servicio de los gobiernos de los estados, del Distrito Federal y de los municipios o de sus respectivas entidades paraestatales y, por último, que los inmuebles federales que no sean útiles para destinarlos al servicio público o que no sean de uso común, podrán ser objeto de los siguientes actos de administración y disposición: enajenación a título oneroso...”¹⁴

En síntesis, de conformidad con la legislación resumida anteriormente, los bienes de uso común (plazas, calles, playas, etcétera) y los destinados a un servicio público (autopistas, oficinas, patrullas, etcétera), son los únicos bienes inalienables e inembargables, produciéndose así la imposibilidad de realización de los mismos.

La alienabilidad consiste en la idoneidad de un bien para ser objeto de transmisión por cualquier mecanismo, es decir, es la aptitud para ser transmitido eficazmente a un tercero.

Contrariamente, la inalienabilidad sería la forma no idónea de un bien o derecho para ser transmitido. O sea, la imposibilidad jurídica —por declaración expresa de la ley— de disponer o transmitir cualquiera que sea la forma que adopte el acto de disposición.

Por su parte, los *bienes de dominio público* se definen como aquellos que, siendo de la titularidad de una administración, resultan afectados o destinados a una finalidad pública y que, como consecuencia de esta afectación, se hallan sometidos a un régimen especial de utilización y protección con independencia de la Administración a la que esté atribuida su titularidad. En suma, lo que determina que un bien sea de dominio público es la concurrencia de dos elementos igualmente importantes: la afectación a un fin social y la titularidad a cargo de un ente público.

Sin embargo, dentro del derecho administrativo también se destacan los bienes patrimoniales (bienes propios), ya sean del Estado o de cualquier otra administración, que se integran por todos aquellos bienes que no están destinados a la prestación de un servicio público. Sólo cabe, por tanto, definirlos en sentido negativo. Por ejemplo, los bienes del dominio

¹⁴ El énfasis es nuestro.

privado de la Federación, estados, Distrito Federal y municipios, como los museos, galerías, pinturas, esculturas, vehículos de funcionarios públicos, terrenos, inmuebles sin destino público determinado, acciones en empresas de participación mayoritaria del Estado, etcétera.

De este modo, los bienes patrimoniales constituyen una esfera diferente y por ello, a mi juicio, no deben estar sometidos a la inalienabilidad ni a la inembargabilidad propios de los bienes del dominio público. Su régimen jurídico está regulado por lo establecido en su legislación específica o por las normas del derecho privado.

De la misma forma, pienso que los recursos financieros de las administraciones públicas no son bienes del dominio público ni están afectos tampoco a la prestación de un servicio público. Incluyendo, además, a los ahorros por “eficiencia” de las dependencias administrativas, a las economías presupuestales y a los subejercicios en el presupuesto. Estos últimos casos, son dinero fresco y sin destino predeterminado.

En efecto, el dinero, por mucho que pudiera tener un carácter público, no pierde su naturaleza fungible. Esto impide pensar que una determinada suma de dinero esté preordenada —salvo contadas excepciones— a un concreto fin. Máxime si tenemos en cuenta el principio presupuestario de no afectación de los ingresos a los gastos, que significa que los ingresos se destinan a financiar, indistinta y globalmente, todos los gastos que se generen, sin que quepa afirmar que un determinado ingreso está preordenado, *ab initio*, a la realización de un gasto específico. En ese sentido, la condena contenida en una sentencia al pago de una cantidad líquida es, a mi juicio, un nuevo gasto del que debe responderse, de forma indistinta y global, con los ingresos que el ente público correspondiente perciba.

Baste notar, además, los altos niveles que alcanzan hoy los estados de gastos en los presupuestos de egresos de los entes públicos. Crecen y siguen creciendo cada año. Sin embargo, la normalidad es que esos presupuestos nunca se aplican en su totalidad, ya que se dejan de realizar, por diversas causas, un importante porcentaje de las inversiones y disposiciones previstas en ellos. Ello sin desconocer las compensaciones de créditos presupuestarios que aplican entre sí diversas administraciones o el alto grado de discrecionalidad que algunos funcionarios de la administración financiera tienen para cambiar dinero de una partida presupuestal previamente autorizada a otro destino diverso.

De acuerdo con todo lo anterior, es evidente que el privilegio de la inembargabilidad no puede ser extendido a cualquier clase de bienes de

la administración, sino sólo a los bienes de uso común y a los afectos directamente a la prestación de un servicio público.

En cuanto al dinero administrativo, reitero que es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no pone en peligro el funcionamiento de los servicios y funciones públicas de las administraciones, sino, al contrario, se da al dinero público precisamente el destino específico que la ley (concretada en la ejecutoria de amparo) le asigna.¹⁵

V. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE REFORMAS LEGALES QUE LLEVEN
A LA INMEDIATA ELIMINACIÓN DE DICHOS PUNTOS CRÍTICOS

Los privilegios que protegen a la administración no la sitúan fuera del ordenamiento ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los jueces y tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello.

Sentencia de 13 de abril de 1983
del Tribunal Constitucional español

En los dos últimos apartados, he intentado justificar que el cumplimiento de las ejecutorias de amparo tienen, entre otros, dos puntos críticos u obstáculos que impiden —uno por omisión y el otro por exceso— que la garantía de justicia pronta y completa contenida en el artículo 17 de la Constitución Federal, se vulnere sin que nadie haga algo para evitarlo, situación que, evidentemente, debilita en mucho, desde su raíz hasta los frutos que de ella se esperan, la justicia constitucional que nuestros tribunales de amparo deben impartir.

Lo sorprendente es que tampoco recordemos la advertencia que García de Enterría nos hizo en el sentido de que “*la administración es siem-*

¹⁵ “El dinero no es un bien de dominio público, dado su carácter de valor económico universal y abstracto y su destino a ser gastado y no atesorado...el dinero no tiene olor, sobre todo no lo tiene en absoluto de inembargabilidad o de nada parecido”, es lo que afirma García de Enterría, en su conocida monografía *Hacia una nueva justicia administrativa*, cit., nota 4, p. 141.

pre un enemigo temible”,¹⁶ lo que debió convencernos para dotar —desde hace mucho tiempo— a nuestros tribunales de garantías de las armas, medios o instrumentos suficientes y efectivos para vencer el cómodo y tradicional desinterés de algunas autoridades responsables de cumplir con las ejecutorias de amparo.

Se nos olvidó, así, algo elemental: que la ausencia de medios de ejecución de los tribunales de amparo, ha sido —es y será—, considerada como una de las principales causas de la ineficacia que sufren hoy las sentencias de garantías.

Por ello, es necesario y urgente reformar la Ley de Amparo para dotar a dichos tribunales del instrumental suficiente para vencer ese desinterés y la enorme cantidad de tácticas dilatorias —algunas hasta ilegales—, de las autoridades responsables para no cumplir con las ejecutorias de amparo.

Al efecto, propongo la implementación de una medida coercitiva, es decir, de una multa, que se aplicaría por cada día en que el requerimiento del tribunal de amparo, no fuera atendido justificadamente por la autoridad responsable. Esta multa se impondría, caso a caso, a través de un acuerdo del tribunal, debidamente fundado y motivado.

Por otra parte, respecto del otro punto crítico que comentamos, o sea, el principio de inembargabilidad de los bienes públicos,¹⁷ no debe admitirse como un principio infranqueable que impida trabar embargo sobre “todos” los bienes administrativos, sino sólo sobre los de uso común y los que estén afectos a un servicio público, correspondiendo a la autoridad responsable acreditar en autos que un determinado bien está determinado a esos fines, ya que sería injusto trasladar la carga de la prueba de ello, a las sufridas espaldas del quejoso que, tiempo atrás —quizá años—, obtuvo la protección constitucional.

Por las razones anteriores, propongo también reformar el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Civiles para limitar la extensión, exorbitante e injustificada, del principio de inembargabilidad de los bienes públicos, a fin de que los bienes patrimoniales del Estado, los bienes del dominio privado de la administración, así como los recursos financieros, en especial los recursos generados por ahorros, economías o subejercicios presupuestarios, puedan ser objeto de ejecución forzosa por los tribunales de amparo.

¹⁶ *Ibidem*, p. 130.

¹⁷ “Privilegio que es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”, como le llama García de Enterría, *Ibidem*, p. 159.

Sin duda alguna, la eliminación de los puntos críticos u obstáculos comentados anteriormente permitiría dejar de vulnerar el artículo 17 de la Constitución federal, en la medida de que tales puntos suponen limitaciones injustificadas a la potestad jurisdiccional que priva de eficacia a la justicia constitucional que imparten en nuestro país los tribunales de amparo.

Finalmente, quiero concluir afirmando que el mejor homenaje al maestro de maestros es seguir la estela de su enseñanza, los hitos fijados por su magisterio. Esto es lo que ha pretendido este trabajo que se honra en aparecer junto a los ilustres juristas en este libro colectivo dedicado a un luchador irrenunciable de la justicia constitucional: don Héctor Fix-Zamudio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, P., *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A., *Inembargabilidad de bienes y derechos de las administraciones públicas*, Madrid, Colex, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- LÓPEZ GIL, M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la administración*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- MARTÍN DELGADO, I., *El procedimiento por inexecución en la justicia europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- MARTÍNEZ GINER, L. A., *La hacienda pública deudora. Un análisis de derecho financiero, con especial referencia al cumplimiento de las obligaciones públicas*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.
- MESEGUER YEBRA, J., *La quiebra de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de la administración pública*, Barcelona, Bosch, 2001.
- RUBIO DE MEDINA, M. D., *La ejecución de sentencias*, Barcelona, Bosch, 2001.
- RUIZ OJEDA, A., *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Madrid, Civitas, 1993.
- VELASCO CABALLERO, F., *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 2003.

LOS EFECTOS GENERALES EN LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Osmar Armando CRUZ QUIROZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Juicio de amparo*. III. *Amparo contra leyes*. IV. *Procedimientos constitucionales*. V. *Controversias constitucionales*. VI. *Acciones de inconstitucionalidad*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

De entrada, es necesario establecer la definición de lo que será el eje principal en este trabajo, *la sentencia*.

El *Diccionario de la Lengua Española* define el término sentencia como: “Dictamen o parecer que alguien tiene o sostiene; dicho grave y sucinto que encierra doctrina o moralidad; declaración del juicio y resolución del juez; decisión de cualquier controversia o disputa extrajudicial, que da la persona a quien se ha hecho árbitro de ella para que la juzgue o componga; secuencia de expresiones que especifica una o varias operaciones; oración gramatical”.

La sentencia es la forma culminante de la función jurisdiccional, que consiste en aplicar y declarar el derecho al caso sometido a la consideración de los órganos estatales encargados de la misma. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que por sentencia debe entenderse el juicio lógico de hechos, la subsunción de los hechos en normas jurídicas y la conclusión de resolutivos que contienen la verdad legal; por lo mismo la integran las proposiciones que fijan el sentido de tal resolución.

* Magistrado de Tribunal Colegiado de Circuito (México).

Pallares define la sentencia como el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.

Escriche (autor reconocido) explica que la palabra sentencia proviene del verbo latino *sentire*, concretamente de la palabra *sintiendo*, porque el juez declara lo que siente y valora respecto de la demanda, las excepciones y las probanzas aportadas en juicio.

Desde el punto de vista lógico, la sentencia constituye un silogismo compuesto por una premisa mayor (ley), una premisa menor (el caso) y una conclusión o proposición (aplicación de la norma al caso concreto); el silogismo es una argumentación deductiva, un raciocinio en el cual en supuestas proposiciones o premisas se llega a una nueva proposición, calificándosele como la expresión perfecta del raciocinio perfecto, entonces, el acto procesal más importante de cualquier órgano jurisdiccional es la sentencia, la cual constituye la resolución por antonomasia y, es a través de ellas que se resuelve la litis sometida a la consideración del juez.

Al contrario de esto, la lógica formal de la deducción trata solamente de la corrección formal de la inferencia, pero no suministra ningún criterio para elegir entre las varias premisas que sean posibles. El juez es quien tiene que decidir la elección de la premisa mayor, sobre la cual vaya a fundar su sentencia, si es que se presenta el problema de que haya más de una premisa posible, cada una de ellas vigente en el ordenamiento jurídico positivo, pero las premisas son elegidas en función de los que se estima como *el fallo correcto*. La valoración que servirá de base para la ulterior manifestación de la voluntad del Estado, a través de la resolución, por lo que con propiedad se afirma que: *sentenciar no es conocer sino valorar*.

Si por medio de la sentencia se logra la individualización de la norma jurídica, al supuesto concreto, podemos inferir con toda propiedad que el quehacer del jurídico tiene una naturaleza *eminentemente creadora*, puesto que el desarrollo de la función jurisdiccional supone una serie de actividades interrelacionadas y simultáneas para constatar el hecho jurídico relevante y para determinar su calificación conforme a derecho.

Se aprecia con gran nitidez dicha creatividad cuando estamos frente a casos complicados y difíciles, en relación con los cuales no puede formularse en forma inmediata la resolución; bien porque no sea sencilla la identificación de la norma considerada como aplicable al problema específico, en razón de que en el mismo nivel de jerarquía formal no hay sólo

una norma, sino varias, cuya elección dependen del punto de vista que se adopte; bien porque el sentido y alcance del precepto, que parezca el adecuado, no sea del todo claro, o porque el caso no esté previsto expresamente por la ley, supuestos en que incuestionablemente la tarea del juzgador se traduce en creación de normas dotadas de fuerza ejecutiva.

La responsabilidad y actitud del juez son fundamentales. No basta que sea apto y que tenga un respetable bagaje cultural, para que emita decisiones justas, sino que es indispensable que como ser humano extraiga sus mejores actitudes y cualidades morales, pues no debe olvidarse que la palabra sentencia proviene de *sentir-sentire*.

En lo académico, en lo cotidiano, en lo político, las sentencias de los tribunales federales y en especial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han trascendido de su mera expresión escrita y a, los efectos que entre las partes pudieran tener a una manera más clara y explícita en la toma de decisiones y la fijación del derecho nacional, en claro beneficio de la población mexicana.

Hoy los tribunales no sólo realizan acciones locales sino que interactúan continuamente entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global. Por ello, algunas de sus decisiones tienen un alcance que la deslocaliza y las relaciona directamente con el ámbito global.

Bajo esta nueva perspectiva los poderes judiciales adquieren un papel trascendental en el proceso de admisión de normas dentro del orden jurídico, pues es a ellos a quienes corresponderá en última instancia decidir sobre la forma y términos en los que la nueva regulación puede ser incorporada al orden jurídico, así como plantear las condiciones en las que será posible la creación y, en su caso, admisión de nuevas reglas y prácticas en dicho orden.

Precisamente por ello el escrutinio que realiza el órgano de control constitucional en sus sentencias y el escrutinio que se realiza sobre éste y sobre ellas debe ser por igual, *siempre estricto*.

En este sentido, el uso de los medios de control constitucional adquiere un papel determinante, para darle a la Constitución la oportunidad de esclarecer las normas de funcionamiento del sistema que en otros tiempos eran definidas exclusivamente a través de otros procedimientos (normalmente políticos) pero no a través de la resolución jurídica de los conflictos.

Las constituciones influyen en la democracia de un país de diversas maneras, ya sea generando estabilidad para las instituciones políticas;

protegiendo los derechos de todos, particularmente los de las minorías; manteniendo la neutralidad en los procesos de creación de las leyes; proporcionando a los ciudadanos instrumentos para exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos y principalmente; creando un gobierno eficaz.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el principio de congruencia externa de las sentencias estriba en que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y la contestación formuladas por las partes. Toda vez que los efectos del amparo tienen estrecha vinculación con el acto reclamado, y según su naturaleza, ya sea de carácter positivo o negativo, se precisarán los alcances de la sentencia protectora, con el fin de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales violadas, por lo que los efectos del amparo son una consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad y su determinación depende de la naturaleza del acto reclamado o de la interpretación y alcance de la norma declarada inconstitucional.

El sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, contrariamente al sistema difuso (con presencia en países del sistema jurídico inglés) se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, es decir, que este sistema existe cuando un solo órgano tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar a las leyes.

El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial en un país, o una Corte o un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional; en ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional como jueces constitucionales.

El poder conferido a ese órgano estatal que ejerce una actividad jurisdiccional para que actúe como juez constitucional, es una consecuencia del principio de la supremacía de la constitución. En estos sistemas de justicia constitucional concretada, siendo la Constitución la ley suprema de un país, es evidente que en caso de conflicto entre un acto estatal y la constitución, esta última debe prevalecer.

Un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, el cual se basa en el principio de la supremacía de la Constitución, no

puede, por tanto, desarrollarse como consecuencia de la labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, como sucedió en el caso de un sistema difuso de control de la constitucionalidad. Al contrario, debe ser expresamente establecido en la Constitución, por tanto las funciones de justicia constitucional del tribunal constitucional relativas a ciertos actos del Estado.

La Constitución como ley suprema, es el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso, es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes, en lo referente a ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales.

En Europa la multiplicación de tribunales constitucionales encargados de ejercer el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, debe considerarse como una consecuencia práctica de una tradición constitucional particular, vinculada al principio de la supremacía de la ley, a la separación de poderes y a la desconfianza hacia los jueces en lo que respecta al control de los actos estatales.

De lo anterior se desprenden tres conclusiones con respecto al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes.

En primer lugar, el sistema concentrado del control de la constitucionalidad sólo puede existir cuando está establecido expresamente en la Constitución, por lo tanto, no puede surgir de la sola interpretación del principio de supremacía constitucional.

En segundo lugar, el sistema concentrado, al atribuir a un solo órgano constitucional las funciones de justicia constitucional no es incompatible con algún sistema jurídico, perteneciente al *common law* o al derecho civil, aun cuando se haya desarrollado ampliamente en los países de derecho civil.

En tercer lugar, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad no necesariamente supone atribuir funciones de justicia constitucional a una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especial, creado separadamente de la organización judicial, sino que también puede existir cuando las funciones de justicia constitucional se atribuyen a la Corte Suprema de Justicia existentes en el país, incluso si, en numerosos países, el sistema tiende a combinarse con algunos aspectos del sistema difuso de control de la constitucionalidad.

La diferencia entre los sistemas de control de la constitucionalidad (difuso y concentrado) no es una posible concepción distinta a la Consti-

tución y de su supremacía, sino más bien el tipo de garantía adoptada en el sistema constitucional para preservar dicha supremacía. Como lo indicó Hans Kelsen en 1928, estas *garantías objetivadas* son la unidad o la anulabilidad del acto inconstitucional.

Por nulidad se entiende que el acto inconstitucional del Estado no puede considerarse objetivamente como un acto jurídico; en consecuencia, no se requiere, en principio de ningún otro acto jurídico para quitarle al primero su calidad usurpada de acto jurídico. Cualquier órgano, cualquier autoridad pública o cualquier individuo tendría el derecho de examinar la regularidad de los actos considerados nulos, con el fin de decidir su irregularidad y juzgarlos no conformes (a la constitución) y no obligatorios. En cambio, si en un acto jurídico fuera necesario para establecer la nulidad del acto inconstitucional, la garantía constitucional no será la nulidad sino la anulabilidad.

La nulidad de los actos inconstitucionales del Estado es la garantía de la Constitución que conduce el sistema difuso de control de la constitucionalidad, aun cuando la ley positiva restrinja el poder que podría tener cualquier persona para juzgar como nulos los actos inconstitucionales y atribuya este poder de manera exclusiva a los tribunales dada la necesidad de confiabilidad y seguridad jurídica.

Kelsen concibió la justicia constitucional como un aspecto particular de un concepto más general de garantía de la conformidad de una norma inferior con una norma superior de la cual la primera deriva y con base en la cual ha sido determinado su contenido. Así, la justicia constitucional es una garantía de la Constitución que se desprende de la pirámide jurídica del ordenamiento legal donde se encuentran determinadas, tanto la unidad como la jerarquía de diferentes normas.

La existencia de un control de constitucionalidad supone garantizar el cumplimiento efectivo de la supremacía de la Constitución a través de una revisión jurídica sobre el modo de ser o de actuar de los poderes públicos, en atención a las funciones y competencias atribuidas por la propia Ley Fundamental, lo que se traduce en una vigilancia de la plena regularidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, salvaguardando los modos de producción del derecho y las normas materiales y sustantivas que están presentes en la Constitución, asegurando el sometimiento de todos los poderes a la misma, de esta forma se asegura la coherencia del sistema normativo.

Desde este punto de vista puramente teórico, puesto que no hay ninguna aplicación concreta de la ley en un caso específico, podemos considerar que no se trata del ejercicio de una actividad jurisdiccional que implique una decisión concreta, esto llevó a Kelsen a sostener que, cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, por tener efectos *erga omnes* (todos los hombres) era una acción legislativa y que la decisión del Tribunal Constitucional tenía fuerza de ley, es también la razón por la cual la ley debía ser considerada válida hasta la adopción de la decisión de anularla, por la cual los jueces estaban obligados a aplicarla.

La racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad implica que la decisión dictada por la Corte Suprema o por la Corte Constitucional, actuando como juez constitucional, tiene efectos generales, en estos casos, cuando no se establece entre un demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente entre un recurrente y una ley cuya constitucionalidad está cuestionada, el objeto de la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley es su anulación y los efectos de la decisión son necesariamente generales.

El sistema concentrado de control de la constitucionalidad a través del método principal o incidental la Corte Suprema o la Corte Constitucional respectiva, de manera abstracta debe de decidir la cuestión de constitucionalidad de la ley, sin ninguna referencia a los hechos ni al juicio concreto en el que se planteó la cuestión constitucional, por consiguiente en el sistema concentrado, el juez constitucional no decide una cuestión constitucional con miras a resolver un caso concreto entre las partes, el juez constitucional, no toma decisiones con respecto a un caso concreto sino, únicamente con respecto a una cuestión de constitucionalidad la ley.

La lógica del sistema consiste pues, en que la decisión debe aplicarse en general a todos y a cualquier órgano del Estado por sus efectos *erga omnes*. Ello significa que dicha ley queda anulada y no puede ejecutarse ni aplicarse a la resolución del caso concreto, pero tampoco a ninguna cosa.

Estos efectos *erga omnes* de la decisión jurisdiccional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes están estrechamente vinculados tanto a la cuestión de los efectos temporales de la decisión, en particular la determinación de cuándo la decisión es efectiva, como al aspecto ya mencionado de la anulabilidad de algunos actos del Estado como *garantía de la Constitución*.

Aún cuando la garantía de la Constitución en los sistemas de control de la constitucionalidad sea en principio la nulidad de los actos inconstitucionales del Estado, la Constitución ha restringido su propia garantía en lo que respecta a algunos actos del Estado como las leyes, reservando el examen y la declaración de la nulidad de las leyes a un solo órgano constitucional, corte suprema o una corte, un consejo o un tribunal constitucional especialmente creado, al cual se ha conferido el poder exclusivo de declarar la nulidad de dichos actos.

Cuando un juez constitucional decide la anulación por inconstitucionalidad de una ley, la decisión jurisdiccional tiene efectos constitutivos: declara la nulidad de la ley debido a su inconstitucionalidad, habiendo ésta producido efectos hasta el momento en que se estableció su nulidad. De esta manera, se considera, en principio que la ley cuya nulidad ha sido declarada y establecida, ha sido válida hasta ese momento.

Entonces la decisión de la Corte puede ser de carácter constitutivo, es decir, que tiene efectos prospectivos *ex nunc* o *pro futuro*, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional, por lo tanto, los efectos producidos hasta el momento de la anulación de la ley se consideran válidos. En consecuencia, la ley declarada inconstitucional por un juez constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, debe considerarse como un acto válido que ha producido efectos completos hasta su anulación por la Corte.

En el caso de los vicios constitucionales que pueden acarrear la nulidad absoluta de una ley, la anulación de la ley decidida por un juez constitucional produce evidentemente efectos *ex tunc*, puesto que una ley considerada nula de manera absoluta no puede producir ningún efecto. En estos casos, la anulación de la ley tiene efectos *pro preterio* o *efectos retroactivos*, ya que es considerada nula *ab initio*.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante.

Los tribunales constitucionales actúan formal y metodológicamente como un órgano judicial, su composición es la de un tribunal, sin embargo, sus actuaciones están impregnadas de la discrecionalidad y libertad propias de un legislador constitucional. Por este motivo es por el que se les llega a denominar *legisladores sustitutos*, cuestión a todas luces con-

traproducente. La conclusión de esta opinión es que los tribunales constitucionales son una clara manifestación de la crisis por la que atraviesa el Estado, en donde se ha requerido de una nueva forma de control ante al debacle de los métodos anteriores.

II. JUICIO DE AMPARO

La sentencia en el juicio de amparo es el acto culminatorio de la actividad jurisdiccional pronunciado por la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Colegiado de Circuito, Juez de Distrito, por el que resuelve si concede, niega o sobresee el amparo solicitado por el quejoso contra el acto reclamado de la autoridad responsable.

Los artículos 76 y 78 de la Ley de Amparo mencionan a la sentencias dando a entenderlas como las decisiones del órgano judicial, el artículo 77 se refiere a las sentencias como documentos, señalando lo que deben contener y el artículo 80 usa la palabra sentencia lo mismo referida a una decisión que a un documento.

Cabe resaltar que el artículo 76 de la Ley de Amparo contiene la llamada fórmula *Otero*, o sea el principio de la relatividad de la sentencias de amparo, que sólo aprovechando a quienes interpusieron la demanda y a no personas ajenas al juicio.

Las sentencias que se dictan en el juicio de amparo sólo exigen cumplimiento una vez que hayan causado ejecutoria aquellas en las cuales se haya concedido el amparo y protección de la justicia federal, toda vez que el efecto genérico de las misma *es el de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales violadas*; no así aquellas sentencias en las que se haya negado el amparo, se haya sobreseído en el juicio.

El efecto de sentencia concesoria del amparo y protección de la justicia de la Unión, lo encontramos regulado en el artículo 80 de la Ley de Amparo, la que textualmente señala:

Artículo 80. La sentencia que conceda el amparo, tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto se de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

Cuando en el amparo directo se aleguen violaciones al procedimiento origen del acto reclamado, la sentencia de amparo en caso de encontrar ciertas violaciones tendrá el efecto de que se anule el acto reclamado, o sea, la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, y en la violación; por otro lado, si no se encuentran dichas violaciones, la autoridad de amparo estudiará los conceptos de violación en cuanto a las violaciones de fondo se refiere y por consiguiente, en caso de encontrarlos fundados, otorgará la protección federal solicitada y el efecto será el que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado para que resuelva en los términos precisados en la ejecutoria, purgando las violaciones que haya cometido en perjuicio del quejoso, restituyéndolo así en el goce de las garantías individuales violadas.

De acuerdo con el principio de relatividad de las sentencias que rige en el juicio de amparo, el efecto protector de aquellas únicamente alcanza al texto legal que fue materia de análisis en el juicio.

En los términos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional, si concedió el amparo, la autoridad responsable insistiera en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de distrito.

En consecuencia, el efecto difiere si el acto reclamado es de carácter positivo o negativo, si es del primer tipo, la sentencia tiene efectos restitutorios y debe reponer al quejoso en el pleno goce de la garantía violada, como ya se ha dicho, con efectos retroactivos al momento de la violación.

Para lograr esta finalidad, debe la autoridad responsable llevar a cabo los procedimientos jurídicos y aun materiales que sean necesarios, acorde con la naturaleza del acto, razón por la cual se llega necesariamente a una solución casuística, en efecto, si la reposición implica hechos materiales, la posesión de un inmueble por ejemplo, la ejecución implicará la restitución material del mismo. Si se trata de una persona que se encuentra privada indebidamente de su libertad, la reposición implicará la ex carcelación del interesado y si, el acto reclamado es una orden de aprehensión la reposición será la anulación de dicha orden.

En caso de que se trate de un acto negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y cumplir por su parte lo que la misma exija.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por actos negativos debe entenderse aquellos en que la autoridad

responsable rehúsa a hacer algo y, por tanto, al concederse la protección constitucional en contra de uno de estos actos, la única forma de ejecución es la que establece la ley, es decir, el realizar aquello que se le ha negado al quejoso.

Cuando la sentencia estimatoria ampara y protege el quejoso, declara fundados los agravios que presento en su demanda, por existir vicios sustanciales del procedimiento que lo dejan sin defensa, el efecto de la sentencia será nulificar el procedimiento desde el momento en que éste fue violado y determinar su reposición a partir de la violación cometida.

En esta situación, la actividad del órgano de control constitucional cesa al dictar la sentencia en la que señala la existencia de una violación procesal alegada como agravio por el quejoso, por otra parte, como quiera que el acto reclamado es necesariamente, una sentencia definitiva y por tanto una sentencia de segunda instancia y la violación pudo haberse cometido tanto en la primera instancia como en la segunda, el alcance de lo resuelto no se detiene en esta, sino que puede y debe trascender a la primera, en ese caso, el tribunal de segunda instancia debe en cumplimiento de la sentencia, determinar lo conducente para hacer llegar los autos al juez de primera instancia, para que éste los reponga al estado que tenían en el momento en que se cometió la infracción y de nuevo los someta a tramitación.

En los amparos en materia judicial, cuando la sentencia que se dicta es estimatoria, por existir vicios *in judicando*, al igual que en la casación, dicha sentencia anula el fallo impugnado y obliga a la autoridad responsable, en un verdadero acto de reenvío, a dictar una nueva resolución en la que, necesariamente, debe tomar en cuenta las cuestiones de derecho resueltas, corrigiendo y enmendando los agravios en contra del *principio de legalidad* que fueron motivo de la concesión de amparo.

La resolución desestimatoria que niega la protección de la Justicia Federal, tiene el carácter indudable de ser una sentencia jurídica simplemente declarativa, es decir, que se limita a evidenciar una situación jurídica bien determinada, la constitucionalidad del acto reclamado, o en otro sentido, la existencia o ineficacia de los conceptos de violación hechos valer por el quejoso, sin implicar modificación alguna de derechos o de situaciones existentes.

La sentencia de este tipo carece de efectos positivos y por tanto su único efecto es el de declarar que no existen las violaciones constitucionales alegadas por el quejoso. Pero respecto, del acto reclamado y la au-

toridad responsable el efecto natural de este tipo de sentencias es dejar vivo y sin alteración alguna el acto reclamado, con plena validez jurídica y al mismo tiempo para que obre de acuerdo con sus atribuciones legales.

La resolución que decreta el sobreseimiento en el juicio de amparo, tiene el carácter propio de una resolución meramente declarativa, al igual que la sentencia desestimatoria.

Únicamente una sentencia que concede el amparo y la protección de la Justicia Federal tiene efectos restitutorios lógicos y jurídicamente, jamás podrán tener efectos positivos las sentencias que nieguen el amparo, tal y como ha quedado establecido.

El principio general que rige la ejecución o cumplimiento de las sentencias de amparo, es el de que la autoridad responsable queda vinculada a los términos establecidos en el texto de la propia sentencias, para lo cual debe dictar una nueva resolución sobre dichas bases.

A manera de resumen podemos hacer la distinción la siguiente clasificación:

Sentencias que conceden el amparo:

- a. Es definitiva, en tanto que resuelve el fondo de la litis constitucional planteada, acogiendo en sentido positivo la pretensión de que se establezca que el acto reclamado viola las garantías constitucionales.
- b. Es de condena, en tanto que obliga a la autoridad responsable a restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado es de carácter positivo y, cuando el acto reclamado es de carácter negativo el efecto de la sentencia de amparo será obligar a la autoridad a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir por su parte, lo que la misma garantía exija.
- c. Es también declarativa, en tanto, establece que el acto reclamado ha resultado contrario a la Constitución, violando garantías individuales.

Se establece en el artículo 107 constitucional y en los artículos 76, 78, 79 y 227 de la Ley de Amparo con las excepciones que los mismos establecen:

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

II. La sentencia será siempre tal que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieran solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda y protegerlos, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Artículo 76. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo, sólo se ocuparán de los individuos o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieran solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

Por tanto los efectos de la sentencia, según el principio comentado, se limitan a la persona o personas que hubiesen promovido el juicio de amparo. Si la sentencia niega el amparo solicitado, esto no impide que otro u otros que están en un caso idéntico no puedan alegar como ejecutoria el fallo pronunciado para resistir el cumplimiento de la ley o acto que lo motivó.

La necesidad de dictar una declaración general respecto de las inconstitucionalidades de la ley, es una imperiosa necesidad que en la actualidad han cambiado las situaciones que existían cuando se creó la fórmula Otero, situaciones que fueron superadas por dos principios: *igualdad de las personas ante la ley y supremacía constitucional*, que no puede ser aplicado en estos casos.

Es un avance que la legislación mexicana evolucionando a través del tiempo, ha logrado que la autoridad judicial federal conozca y resuelva sobre actos ilegales y anticonstitucionales, alguna veces arbitrarios y otros por diversidad de opinión, de toda clase de autoridades y las obligue a revocarlos y aún repararlos.

Piensan algunos juristas que el juicio de amparo debe de ir más allá, por ejemplo, en el caso de que la Suprema Corte de Justicia declara jurisprudencialmente que una ley es inconstitucional, debiera obligar al Congreso de la Unión y/o a las legislaturas locales a revocarla o en su caso enmendarla.

La sentencia de amparo es una norma individual creada por el juez, cuyo cumplimiento es obligatoria para las autoridades, y es el propio órgano jurisdiccional quien tiene la facultades necesarias para hacer cumplir sus determinaciones.

Debe referirse y especificar, tanto la naturaleza de la violación a las garantías atropelladas (para así poder evaluar como afecta el acto) como

el agravio causado, su trascendencia y en qué medida se debe materializar o configurar la restitución resultante. El pronunciamiento de la sentencia que concede el amparo puede ser en ocasiones, genérico, extensivo o en abstracto y, en otras, específico, concreto y detallado acerca de cómo y por qué se dio la violación de garantías, detalles todos que, en conjunto deben tomarse en cuenta de manera sistemática y relacionada, para efectos de la consecuente restitución.

La declaratoria debe involucrar no sólo los actos reclamados en cuanto a su naturaleza, sino extenderse a sus consecuencias, para advertir la suma de las implicaciones que conlleve la cabal restitución.

Pueden ser varios los actos reclamados por los cuales se dictó la sentencia que concede el amparo y, por ello, también múltiples los efectos de las consecuencias imbrincadas que deban ser restituidos o reparados en el cumplimiento, derivadas de los agravios y la violación de las garantías.

La declaratoria de inconstitucionalidad implica restituir y reparar los efectos y consecuencias a cargo de las responsables y, eventualmente, de los terceros. Es así que el artículo 80 de la Ley de Amparo dispone restablecer el agraviado en *status* que tenía antes de la violación, o bien, obligar a la autoridad a actuar en el sentido de respetar lo que la garantía establezca o exija.

Consecuentemente, se actualizará la obligatoriedad como restitución de: *a)* actuaciones, *b)* omisiones o *c)* prestaciones relacionadas y conducentes al disfrute de los derechos fundamentales y las garantías, en la forma y términos particulares que cada caso imponga de manera singular y especial.

Diversos tratadistas sostienen que el cumplimiento de una sentencia de amparo está confinado por los principios que la rigen, entre ellos, quizá el de mayor relevancia, es de la relatividad, establecido por la fracción II del artículo 107 constitucional, el cual lo reitera el artículo 76 de Ley de Amparo.

En materia penal campea, como un principio fundamental, que cuando alguna nueva ley establezca una situación favorable para el inculpado, esta nueva norma debe aplicarse de inmediato y de oficio.

Es posible apreciar que la fórmula mencionada tolera una interpretación de carácter sistemático, para concluir que en las hipótesis que se presentan (de una sentencia que declare que los hechos materia de una averiguación no configuran delito o que hay impedimento legal para el ejercitar tal acción penal) la consecuencia jurídica tiene que ser la de dar

aplicación al fallo que con calidad de sentencia ejecutoria haga tal declaración, ordenándose la libertad no sólo el inculpado que haya sido quejoso en el juicio de garantías respectivo, sino de los demás inculcados a quienes se les esté haciendo imputación de ese delito inexistente o que no es perseguible por haber alguna causa que impida la acción penal; esto salvo que en el expediente figuren pruebas que no habiendo sido aportadas al juicio de garantías, lleven a una conclusión opuesta.

El principio de aplicar a todo inculpado o reo nuevo la ley cuando sea más favorable, no sólo abarca aquellas leyes que suprimen ciertas penas o reduzcan los márgenes de aplicación de la sanción, sino, principalmente, aquéllas que quiten al hecho de la calidad de delito, situación que coincide en esencia con la determinación firme de que el hecho no es típico o de que no cabe persecución por alguna causa legal. Se agrega a esto que por ley debemos entender, en un manejo racional del concepto, la norma jurídica aplicable en un caso concreto y, desde este ángulo de enfoque, la sentencia ejecutoria que conceda el amparo a uno de los inculcados en la hipótesis señalada, viene a constituir una norma jurídica concreta en virtud del efecto de la cosa juzgada penal, de ahí que su eficacia no pueda quedar reducida al individuo que pidió el amparo, pues sobre esta situación de orden subjetivo, prevalece la que emana de la objetividad o materialidad del caso especial sobre el que haya versado el caso del juicio de garantías.

La ejecutoria (como ejemplo) que al examinarse las pruebas aportadas al juicio de garantías ha creado una norma concreta e irrefutable, al declarar que los hechos atendidos en determinada averiguación no configuran delito o que la acción persecutoria no es ejercitable válidamente, *surge como una nueva norma concreta para el caso penal*, que como tal es de orden público y ha de favorecer a todos los sujetos inculcados, si con respecto a ellos no se tienen pruebas más amplias o distintas de las que dieron lugar a aquella ejecutoria y que conduzcan a criterio opuesto, claro esta.

Las sentencias ejecutorias dictadas en amparo directo o indirecto, contra actos que afecten la libertad de una persona, basándose en que los hechos a los que se contraiga la averiguación correspondiente no configuran delito o en que la acción penal no es ejercitable por determinada causa legal, deben de ser aplicadas extensivamente en beneficio de cualquier otra persona inculpada por el mismo concepto que se imputó al que fue el quejoso.

Virtud de que esa apreciación extensiva no pugna con los preceptos que recogen la llamada *fórmula Otero*, pues una sentencia de amparo en los términos que se dejan apuntados, tiene por su propia naturaleza fuerza de cosa juzgada que se erige como una norma concreta para el caso especial abordado por el juzgador constitucional y su aplicación en favor de un inculpado que no fue quejoso, lo que se traduce en respeto al principio que recoge nuestro sistema jurídico penal de que a todo inculpado debe beneficiarle cualquier norma por la cual se venga a crear una situación favorable, configurando para quien se ve sujeto a la acción de la justicia penal.

III. AMPARO CONTRA LEYES

En tratándose del juicio de amparo contra leyes la Suprema Corte Justicia de la Nación ha determinado que el principio de congruencia externa de las sentencias estriba en que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y la contestación formuladas por las partes.

Toda vez que los efectos del amparo tienen estrecha vinculación con el acto reclamado, y según su naturaleza, ya sea de carácter positivo o negativo, se precisarán los alcances de la sentencia protectora, con el fin de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales violadas, por lo que los efectos del amparo son una consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad y su determinación depende de la naturaleza del acto reclamado, o de la interpretación y alcance de la norma declarada inconstitucional, según se trate.

Conforme al artículo 80 de la Ley de Amparo, el efecto de la sentencia es restituir al quejoso en el pleno goce de la garantía individual violada, reestableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación. En ese sentido, cuando se otorga el amparo contra una norma general, el efecto de la sentencia será que dicha disposición no se aplique al particular y que las autoridades que aplicaron tal norma, por ejemplo en caso de recaudación de contribuciones, le restituyan no sólo las cantidades que como primer acto de aplicación de esa norma se hayan enterado, sino también las que de forma subsecuente se hayan pagado, dado que al ser inconstitucional la norma, todo lo actuado con fundamento en ella es inválido.

Los efectos del juicio de amparo contra leyes no son derogatorios de la norma estimada inconstitucional, sino de proteger al quejoso contra los actos que se fundaron en la norma que se impugna de inconstitucional, que constituyeron el primer acto de aplicación y aún contra los actos

futuros que pudiesen emitirse con apoyo en la norma que estuvo vigente desde que entró en vigor hasta la fecha en que se declaró su invalidez.

Sin embargo, la sentencia sólo protege al quejoso mientras el texto en que contienen no sea reformado o sustituido por otro, la eficacia probatoria del fallo federal sólo subsiste mientras subsiste el acto legislativo que dio origen al juicio, lo cual implica que cuando el texto de la ley reclamada es objeto de una reforma legal, cualquiera que sea el contenido y alcance de ésta, similar o incluso, debe estimarse que se está en presencia de un nuevo acto.

IV. PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

Las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad se inician con una demanda, esa es la denominación procesal correcta, por serlo deriva en una sentencia, ella siempre es declarativa, anula el acto contrario a la Constitución.

A partir de las reformas de 1994 se han presentado al pleno de la Suprema Corte de Justicia un gran número de demandas de controversia constitucional, demostrando con ello que la infrecuencia con la que se estigmatizo no se dio, sino todo lo contrario. La ampliación de los supuestos de procedencia, así como el diligente trabajo de la Corte, han revivido este medio de control constitucional.

Tenemos como base o fuente de desarrollo nuestra Constitución, en su artículo 105, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del mismo artículo, el derecho comparado y los conceptos que la doctrina nos ofrece para estructurar la mejor manera posible de un sistema integral de justicia constitucional.

La justicia constitucional se ha ido desarrollando de una manera imprevisible en la segunda mitad de este siglo, convirtiéndose en el tema fundamental del derecho constitucional. La razón es el hecho de que buscamos sistemas que nos garanticen un ejercicio racionalizado del poder y unos medios para reparar las situaciones anómalas o irregulares.

La interpretación constitucional goza de una particularidad derivada de su concepto y de su finalidad, que la aleja claramente de la interpretación de una ley, lo que queremos decir es que es una ley fundamental y de su carácter fundamental no se identifica con su supremacía que es una nota formal, ni con su rigidez, sino que la hace ser fundamento formal y valorativo de las demás normas jurídicas. Entendiendo las cosas de esta

forma, la interpretación constitucional, o más aún la justicia constitucional se ennoblece y se convierte en piedra de toque del orden social.

La controversia constitucional invención del constituyente de 1917 y la acción de inconstitucionalidad, producto de una reforma realizada en 1994 por el Congreso de la Unión con la anuencia de las legislaturas locales, son dos medios por virtud de los cuales se controla la constitucionalidad, se defiende y se hace operante el principio de supremacía que es propio de una carta magna, se sancionan con nulidad los actos que atentan contra ellos y se encausa la acción de los poderes y órganos federales y locales previstos por ella.

Dentro de aquellas, en el derecho comparado, existen las acciones de inconstitucionalidad promovidas por órganos legitimados o las acciones populares de inconstitucionalidad y dentro de las controversias constitucionales se pueden encontrar mecanismos para resolver conflictos entre diversos niveles de poder (órganos federales, locales o municipales), o bien hacer distinciones según la materia.

V. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Las sentencias dictadas en las controversias constitucionales deben tener los siguientes elementos:

- a. La fijación breve de las normas generales o actos objetos de la controversia, así como, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos por no demostrados.
- b. Los preceptos que los fundamenten.
- c. Las consideraciones que sustenten su sentido y los preceptos, que en su caso, se estimen violados.
- d. Los alcances y efectos de la sentencia, determinando claramente que órganos están obligados a cumplirla, cuáles son las normas generales o los actos respecto de los cuales opere y, por último, los elementos necesarios para su eficacia en el ámbito correspondiente.
- e. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento o declaren la validez o invalidez de las normas generales, o los actos impugnados; y, en su caso, la absolución o condena respectivas, indicando el término para el cumplimiento de las adecuaciones señaladas, y
- f. En todo caso, el término en que la parte condenada debe realizar una actuación.

Es posible que una controversia constitucional produzca la *invalidéz absoluta de una norma general*, para ello es preciso que la controversia se haya promovido contra una norma de este tipo, y debe tratarse de los siguientes supuestos:

1. Una controversia suscitada entre el Poder Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente.
2. Una controversia planteada entre dos poderes de una entidad.
3. Una controversia surgida entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal.
4. Una controversia promovida por un estado en contra de uno de sus municipios.

Es indispensable que la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuente con un voto favorable de cuando menos ocho ministros, sólo en cinco de los casos señalados con anterioridad, la sentencia dictada podrá tener efectos generales, en cualquier otro no será de esta manera. Una sentencia de este tipo surte sus efectos a partir del momento que haya dispuesto la propia Corte dentro de la sentencia.

Las sentencias relativas a la no conformidad de leyes electorales con la Constitución sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito de demanda.

Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por ocho votos, son obligatorias para las salas de la propia corte, los tribunales colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, administrativos y del trabajo, ya locales, ya federales.

Tanto la controversia como la acción, tienen en común como característica especial y propia, la de que cuando la acción intentada próspera, los efectos de las resoluciones que dicta la Suprema Corte de Justicia, no se limitan a quienes fueron partes, pueden tener efectos generales.

Por virtud de las controversias la Suprema Corte de Justicia asume las funciones de defender la constitución, definir su sentido e impedir que los órganos de autoridad de los entes previstos por ella, rebasen su campo de acción e invadan el que ha sido asignado a otros.

Las controversias no buscan sancionar a las autoridades de las violaciones e invasiones competenciales, esa es función que corresponde al

gran jurado y a las autoridades que señala la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, previa una acusación formulada por el ministerio público o los particulares, en los términos previstos en los artículos 21 y 109, última parte, la Constitución en este caso atribuye a las sentencias que dicte el Pleno de la Suprema Corte, efectos generales.

La controversia, persigue en un juicio simple, llano y exento de tecnicismos y de forma sumaria, constreñir la actuación de los poderes y órganos previstos por la propia Constitución, se busca hacer cesar una invasión al campo de acción que como autonomía, facultades o atribuciones, tienen concedida la anulación de un acto de autoridad que es contrario a la Constitución.

Las sentencias que dicta el pleno tienen efectos vinculativos, siempre que versen sobre disposiciones generales de los estados o los municipios, si la impugnación provino de la federación o de los municipios, si la impugnación provino de los estados, tendrá efectos generales, si aquellas son aprobadas por ocho votos de los ministros.

La finalidad de este juicio es obligar y constreñir a que todos los órganos y poderes que se deriven de la Constitución federal conformen y ajusten su actuación y la realización de sus actos a lo que dispone la Constitución general de la República, además, tiende a preservar la distribución de competencias entre los diferentes niveles de gobierno con estricto apego a las disposiciones de la Constitución general de la República con el fin de garantizar y fortalecer el equilibrio de derecho, el equilibrio de poderes, la supremacía constitucional y el sistema federal.

Respecto de los efectos de la sentencia debe mencionarse que esta tendrá efectos generales siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o Municipios, impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, en los casos a que se refieren los incisos *c*, *h* y *k* de la fracción I del artículo 105 constitucional y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas.

Dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos, en los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente, respecto de las partes en la controversia, es decir, tendrán efectos relativos a las partes.

Siguiendo el discurso del maestro Fix-Zamudio, la controversia es una institución procesal que tiene por objeto garantizar el equilibrio entre las facultades de la federación y las de las entidades federativas.

La sentencia, en estos casos no tiene como finalidad sancionar a los autores de las invasiones o de los actos inconstitucionales ni la acción se endereza contra las partes sino contra el acto, se persigue que se declare su nulidad a través del expediente de invocar, fundar y probar causales de invalidez.

Si una resolución de la corte declara inconstitucional, por ejemplo, una ley local, esta sentencia afectará la validez de los actos jurídicos de aplicación de la ley, pero la Suprema Corte se ceñirá a su análisis al problema constitucional.

Una de las diferencias que se señalan entre la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, es que la primera debe haber un agraviado. Si la finalidad de la controversia fuera solamente entre los órganos entonces no procedería solamente el equilibrio entre los órganos entonces no procedería la controversia constitucional salvo cuando hubiera interés jurídico directo, pero toda vez que la controversia pretende el respeto de la Constitución, como un medio de jurisdicción constitucional orgánica, nos parece que el interés puede ser indirecto.

De conformidad con la fracción I, penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional y 42 de la ley reglamentaria, tratándose de controversias constitucionales entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, en las que se impugne una norma general, los efectos de la sentencia serán generales, sin hacer distinción alguna; sin embargo, ya que si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que, tratándose de las controversias constitucionales, las delegaciones constituyen un órgano de gobierno del Distrito Federal, también precisó que sólo es respecto del ámbito territorial que abarcan, a diferencia de los restantes órganos de gobierno de la entidad que sí tienen jurisdicción en todo el territorio, por lo que los efectos de la sentencia no podrían ser generales.

El artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional, en su primer párrafo establece la regla general de que las sentencias pronunciadas en las controversias constitucionales surtirán sus efectos a partir de la fecha en que discrecionalmente lo determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en su segundo párrafo, otro mandato de observancia igualmente genérica en el sentido de que la declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal.

Cualquiera que sea la materia, puede indicar en forma extraordinaria que la declaración de invalidez sea efectiva a partir de la fecha de la presentación de la demanda, cuando por virtud de la suspensión de los actos

reclamados se hayan mantenido las cosas en el estado que se encontraban al momento de la promoción de la controversia se hayan mantenido las cosas en el estado en que se encontraban al momento de la promoción de la controversia, o bien desde el momento en que se hubiese otorgado esa medida cautelar, cuando con su concesión ocurrió con posteridad a la presentación de aquélla.

Conforme a los artículos 105, penúltimo párrafo constitucional y 42 primer párrafo de la Ley Reglamentaria y del citado precepto constitucional, los efectos de las sentencias dictadas en controversia constitucional tratándose de normas, consiste en declarar la invalidez con efectos generales cuando se trate de disposiciones generales emitidas por los estados, los municipios o la Federación o bien en conflicto entre poderes y cuando la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare válidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

Las resoluciones de las controversias constitucionales a que se refieren los incisos *c*, *h* y *k* siempre tendrán efectos generales cuando se cumpla con los requisitos establecidos en la Constitución.

Las resoluciones de las controversias constitucionales a que se refieren los incisos *d*, *e*, *f*, *g* y *j* nunca tendrán efectos generales, sino sólo entre las partes, ya que se trata de controversias planteadas entre entidades federativas, entre éstas y entre entes públicos pertenecientes al mismo nivel de gobierno o que siendo de diferente nivel no existe integración territorial entre ellos.

Las resoluciones de las controversias a que se refieren los incisos *a*, *b* e *i* podrán tener efectos generales o sólo entre las partes, dependiendo de quien sea el actor, siempre que sea de un nivel superior (en el sentido de que el demandado esté integrado en su territorio) tendrán efectos generales (la Federación impugna alguna norma estatal o municipal o un estado impugna una municipal), por el contrario cuando el actor sea un nivel inferior solo tendrá efectos entre las partes.

A mayor abundamiento cabe analizarse los dos supuestos en los que las resoluciones conllevan efectos generales:

- a. Cuando el actor tenga un ámbito de competencia espacial que incluya el territorio del demandado y
- b. Cuando el actor y el demandado tengan un mismo ámbito de competencia espacial.

En el primero de los supuestos, el que la Federación tenga un ámbito de competencia espacial que incluya el territorio de los municipios y de los estados o que éstos lo tengan respecto de los municipios, obviamente, implica que la resolución tenga efectos generales, ya que no podría ser de otra manera, pues al estar comprendido su territorio en el ámbito de competencia espacial del actor, las resoluciones aunque fueran entre las partes siempre gozarán de efectos generales para el demandado.

En el caso de las controversias constitucionales suscitadas entre poderes u órganos del mismo nivel de gobierno, es lógico que siempre tengan efectos generales, ya que las autoridades que intervienen en la controversia poseen un mismo ámbito de competencia territorial. Incluso, si los efectos únicamente fueran entre las partes tendría exactamente el mismo alcance.

La conjetura sobre la relación entre efectos generales y ámbito de validez especial cobra mayor sentido si consideramos que las controversias constitucionales tienen por objeto la salvaguardia de las competencias que la Constitución establece para cada ente público, es decir, acorde con la exposición de motivos de reforma a la constitución de 1994, señalaron que la controversia constitucional sirve para proteger las esferas de competencia del sistema político nacional.

Lo anterior está íntimamente ligado al ámbito material de validez de las normas que se refieren a las diferentes materias que el orden jurídico puede regular, y que determina la distribución de competencias de tanta relevancia en un régimen federal.

La interpretación de la Suprema Corte ha ido ampliándose en cuanto a su criterio sobre la materia que puede ser objeto de las controversias constitucionales.

- Sólo pueden plantearse problemas de invasión de esferas.
- Pueden plantearse violaciones a la constitución, careciendo de atribuciones para conocer sobre violaciones indirectas a la Constitución.
- También pueden estudiarse violaciones de modo fundamental con el acto o la ley reclamados.
- Pueden examinarse todo tipo de violaciones a la Constitución.

VI. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En sus efectos, dichas sentencias encuentran diferencias notables, respecto a lo que podía observarse hace una década.

Los efectos de las sentencias, en acción de inconstitucionalidad se extienden a la ley y por tanto, comprenden a todos, sin excepción *erga omnes*, como dice la expresión latina.

De acuerdo con distintos criterios clasificadores podemos señalar que las acciones de inconstitucionalidad previstas en la fracción II del artículo 105 constitucional corresponde a un mecanismo de control constitucional de revisión judicial a posteriori y abstracto, en la clasificación de Mauro Cappelletti se tipifica como un sistema de control constitucional de revisión judicial concentrado por vía principal, de efectos generales declarativos y futuros.

Dentro de nuestra terminología constitucional propiamente se está en presencia de una garantía constitucional.

El objeto de las acciones de inconstitucionalidad es plantear una posible divergencia entre una norma de carácter general y la Constitución. En el primer párrafo de la fracción II del artículo 105 se refiere a una norma de carácter general y no a una ley por lo que pareciera que pueden ser combatidas por esta vía no sólo actos formal y materialmente legislativos (leyes en sentido estricto) sino también otros que comparten las características de generalidad, abstracción e impersonalidad, tales como los reglamento y los tratados internacionales.

El precepto mencionado establece un quórum de votación especial para que la resolución pueda declarar la invalidez de las normas y es el de una mayoría de ocho votos, el cual es idéntico número exigido para integrar jurisprudencia obligatoria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Las partes conducentes del artículo 105 establecen: "...la declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia...".

El artículo respectivo de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

Artículo 45. Las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La declaración general de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

Los efectos de la sentencia serán declarativos y futuros salvo en materia penal, respecto a la invalidez de la norma impugnada; sin embargo, no afectarán las actuaciones o hechos realizados con anterioridad a la fecha de la resolución.

La circunstancia de que no se haya publicado tesis de jurisprudencia relativa a una acción de inconstitucionalidad en cuya resolución se declaró la invalidez de alguna norma general, no es óbice para que los tribunales colegiados de circuito apliquen el criterio sostenido en ella, pues de conformidad con el artículo 43, en relación con el 73, ambos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional, las sentencias pronunciadas en acciones de inconstitucionalidad, aprobadas por lo menos por ocho votos, son de observancia obligatoria y conforme al artículo 44 de la ley citada, la resolución se inserta de manera íntegra en el *Diario Oficial de la Federación* así como el órgano oficial en que tales normas se hubieren publicado.

Debido a la diferente naturaleza de los citados mecanismos de control de la constitucionalidad, así como las partes que en ellos intervienen, existe una regulación específica para cada uno, no obstante que algunas de sus disposiciones son muy similares, además de que se aplica de forma supletoria a las acciones de inconstitucionalidad lo dispuestos por las controversias constitucionales.

Las resoluciones en las controversias constitucionales sólo tendrán efectos generales cuando:

1. La Federación impugne normas estatales o municipales.
2. Los estados impugnen normas municipales.
3. Se trate de una controversia entre poderes de la Unión.
4. Se trate de una controversia entre órganos de gobierno del Distrito Federal.

En cuanto a la mayoría calificada, es necesario que se pronuncien a favor de la inconstitucionalidad ocho de los once ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que de lo contrario la controversia será desestimada.

Lo anterior demuestra que los efectos generales dependen no sólo de que se trate de un determinado tipo de conflicto, sino que se requiere un determinado actor, es decir, que dependen de la categoría de las partes que intervienen.

En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, las resoluciones invariablemente tendrán efectos generales, siempre y cuando cumplan con el único requisito relativo a la mayoría calificada; en otras palabras, que sean aprobadas por cuando menos ocho ministros, según lo establece el artículo 105, fracción II de la Constitución.

Las resoluciones en las acciones de inconstitucionalidad siempre tendrán efectos generales (cuando sean adoptadas por mayoría calificada) ya que son un medio de control abstracto de la constitución, por lo que no existe un interés jurídico que se tutele y, por lo tanto, sería imposible que surtiera efectos sólo entre las partes, cuando una de ellas (el actor) no sufre ninguna afectación a su esfera jurídica.

Esto se debe a que las citadas acciones no se puede plantear en contra de actos de autoridad sino sólo contra normas generales y a que las acciones tienen diferentes partes legitimadas como se explicó en el párrafo anterior, caber hacerse una acotación por lo que respecta a la mayoría calificada, esta tiene su razón de ser en el hecho de que al considerarse una declaración de invalidez con carácter general reviste tal trascendencia, era necesario contar con una mayoría calificada para tal efecto y se estima de gran relevancia porque constituye una excepción a la división de poderes, ya que implica que una norma emitida por otro poder, pierde su validez por la determinación de un órgano jurisdiccional, también implica una alteración al régimen federal ya que una decisión de un Poder Federal invalida una norma emitida por una autoridad estatal.

Por lo que respecta a las acciones de inconstitucionalidad, es mucho más sencillo entender la racionalidad de sus disposiciones ya que las resoluciones que se dicten en este tipo de procesos siempre tendrán efectos generales, pues los actores son:

1. Minorías parlamentarias que impugnan normas emitidas por el órgano del que forman parte, lo cual implica que al ser parte del todo, tienen la misma competencia.
2. El procurador general de la República.
3. Los partidos políticos contra leyes electorales federales o estatales las cuales les serán aplicadas.

4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos, Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos en los estados, contra leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, contra leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Debido a que las acciones de inconstitucionalidad son un mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad de normas generales no es necesario que exista una afectación ni, por lo tanto, que se tenga un interés jurídico.

La desestimación no está expresamente contemplada en el artículo 105 de la Constitución, sino que se encuentra prevista en la Ley Reglamentaria del mencionado precepto constitucional. En el último párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional se determinan los requisitos para que las resoluciones de las controversias constitucionales tengan efectos generales y, en el siguiente párrafo, se prescribe que en los demás casos tendrán efectos entre las partes.

En concordancia con el espíritu de la disposición constitucional, en el artículo 42 de la Ley Reglamentaria se estableció que los proyectos en los que se proponga la inconstitucionalidad de alguna norma que no alcancen la votación necesaria serán desestimados.

La desestimación daría como resultado:

1. El tribunal pleno desestimaré la acción ejercida y ordenará el archivo del expediente.
2. No existe pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en la parte considerativa de la resolución sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes.
3. No se emiten tesis ni jurisprudencia.

No obstante que las normas hayan sido declaradas inconstitucionales, continúan vigentes, toda vez que se determina la invalidez de la norma impugnada, la cual no se deroga, ya que de lo contrario la Suprema Corte estaría invadiendo la esfera de competencia de otros poderes federales o locales.

En caso de que las autoridades no dejen sin efecto los actos de que se trate, si el Tribunal Pleno declara que efectivamente hay una aplicación

indebida de una norma general o acto declarado inválido, mandará que se cumpla con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 105 constitucional, es decir, que la autoridad sea separada de su cargo y consignada al juez de distrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, fracción XVI constitucional o que se opte por el cumplimiento sustituto de acuerdo con la citada disposición.

VII. CONCLUSIONES

Toda ley tiene a su favor la presunción de estar de acuerdo con la Constitución. Esa presunción es válida, salvo que exista una declaración de inconstitucionalidad; si esta se obtiene por vía de amparo, es de efectos relativos, para obtener la declaración correspondiente por vía de la acción de inconstitucionalidad, es necesario que se haya entablado dentro del plazo de treinta días naturales siguientes. Si se trata de actos susceptibles de ser impugnados por los de la controversia, el vicio de ser impugnado por los de la controversia, el vicio debe ser invocado dentro de los treinta días que sigan a la notificación del acto, el actor se ostente como conocedor o que se sigan a su publicación oficial.

Las consideraciones que sustenten los puntos resolutivos en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, tienen la misma naturaleza jurídica de la jurisprudencia, y en esa medida, es obligatorio acatar el contenido de dichas consideraciones. En esta tesitura, el hecho de que en los resolutivos de una declaratoria tenga efectos generales, no significa que las consideraciones que la sustenten se equiparen a una norma legal, en virtud de que si bien es jurídicamente factible revolver con base en las razones y fundamentos expresados al fallar la referida acción de inconstitucionalidad, ya que en aquéllas se equiparán a la jurisprudencia, su aplicación no vulnera el principio de irretroactividad y, por ende, no existe impedimento jurídico alguno para resolver con base en el criterio y consideraciones expresadas al fallar una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional, aun cuando la disposición impugnada se haya aplicado con anterioridad a que éstas hayan sido resueltas.

En conclusión, la Constitución ejerce su supremacía sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, por consiguiente, los actos que la contradicen no pueden tener ningún efecto y se consideran nulos.

Este poder del juez constitucional para declarar la inconstitucionalidad de algunos actos del Estado sólo se puede ejercer si es solicitado mediante una acción directa interpuesta ante él contra la ley inconstitucional para que la examine de manera abstracta, o cuando un tribunal remite al juez constitucional una cuestión constitucional planteada en un juicio concreto.

Cuando se somete la cuestión constitucional ante el juez constitucional, éste tiene el poder *ex officio* para considerar otras cuestiones constitucionales. En el caso del método incidental, el tribunal inferior que planteó la cuestión tiene el poder *ex officio* de formularla ya que no está limitado a la iniciativa de las partes.

La decisión adoptada por el juez constitucional en cuanto a la inconstitucionalidad de una ley tiene efectos *erga omnes* para con todos los órganos del Estado y todos los individuos.

Este sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, como se ha señalado, puede ejercerse sea por la corte suprema de justicia de un país determinado o por un tribunal constitucional creado dentro de la organización del Poder Judicial: sea por tribunales, consejos o cortes constitucionales creados por la Constitución, especialmente para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, pero como órganos independientes del Poder Judicial.

Las consecuencias de la declaración de invalidez de la norma pudiera parecer confusas, resultan muy claras si comparamos las resoluciones de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad con las de amparo. En las resoluciones de amparo las normas continúan vigentes aunque no son aplicables a quien solicitó dicha protección por considerarse que se violan sus derechos constitucionales.

En el caso de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, al tener efectos *erga omnes*, no serán aplicables a nadie (carecen de eficacia jurídica), pero eso no implica que no sean vigentes.

Los efectos de invalidez están íntimamente ligados a la obligación de las demandadas, es decir, si la invalidez implica que la norma no se podrá aplicar, la obligación de las demandas únicamente consiste en no aplicar la norma impugnada. Debido a lo anterior, la autoridad podrá optar por dejar intacto las normas impugnadas y no aplicarlas; derogarlas o reformarlas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUINACO BRAVO, Fabián, “A quién incumbe el deber de cumplir las ejecutorias que concede el amparo, y grados de responsabilidad de las autoridades”, *El Foro*, México, 14a. época, t. XVIII, núm. 2, segundo semestre, 2005.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, “Algunas notas en torno a las controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad”, *Responsa*, México, año 1, núm. 4, marzo de 1996.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Base del sistema concentrado de justicia constitucional”, *Revista de Derecho Público*, Venezuela, núm. 52, octubre-diciembre de 1992.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 11a. ed., México, Porrúa, 2000.
- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Juicio de amparo*, 2a. ed., México, Oxford, 1998.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Simplificación de la estructura de las sentencias de amparo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 23, año 23, 1999.
- FIGUEROA CUSTODIO, Xosé Tomás, *Juicio de amparo mexicano*, México, SISTA, 2002.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 8a. ed., México, Porrúa.
- NORIEGA, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2002, t. II.
- PARDO REBOLLEDO, Jorge Mario, “Simplificación de las sentencias de amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 21, 2006.
- RETANA TELLO, Ismael Reyes, “Apuntes sobre los efectos de las resoluciones en controversias y acciones de inconstitucionalidad”, *JuríPolis*, México, año 3, vol. 1.
- REYES TABAS, Jorge, “Efectos extensivos del debido acatamiento a las sentencias de Amparo en materia penal”, *Criminalia*, México, año LVII, núm. 112, enero-diciembre de 1991.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, “Las acciones de inconstitucionalidad como un mecanismo de control constitucional”, *Responsa*, México, año 1, núm. 4, marzo de 1996.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises y SILVA GUTIÉRREZ, Gustavo de, “La sanción ante el incumplimiento de la sentencia de amparo”, *El Foro*, México, 14a. época, t. XVIII, núm. 2, segundo semestre de 2005.

SEPÚLVEDA I., Ricardo J., “Reflexiones sobre la controversia constitucional (hacia un tribunal constitucional)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 23, año 23, 1999.

TRON PETIT, Jean Claude, “La ejecución de las sentencias de amparo y de su suspensión”, *El Foro*, México, 14a. época, t. XVIII, núm. 2, segundo semestre de 2005.

TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD
ANTE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*

Francisco Javier DÍAZ REVORIO**

SUMARIO: I. *La sentencia en los procedimientos de inconstitucionalidad y sus efectos: planteamiento general.* II. *Ensayos de clasificación.* III. *La reforma de la LOTC y la clasificación y los efectos de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía básica.*

* Universidad de Castilla-la Mancha.

** Este trabajo se elaboró durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español. Tras la redacción del mismo se ha aprobado definitivamente esa ley que, sorpresivamente, hace desaparecer (entre otras) todas las reformas del proyecto que afectaban al artículo 39 de la LOTC, manteniendo íntegramente la redacción anterior de éste.

No obstante, he preferido mantener las reflexiones que aparecen en la segunda parte de este estudio, básicamente por los siguientes motivos: 1) porque el análisis que aquí se realiza contiene un examen y valoración, con cierto alcance general, de ciertos instrumentos y mecanismos interesantes, de cara a su posible utilización en las sentencias constitucionales, y que permitirían evitar otras soluciones que en algún caso podrían resultar menos idóneas; 2) porque todavía es posible que, en posteriores reformas de la ley se recuperen, incluso con alguna posible mejora en la línea sugerida en el texto, las modificaciones que introducía el proyecto (la esperanza es lo último que se pierde); y 3) porque, más allá de la concreta coyuntura de la legislación española, me gustaría que las siguientes páginas sirvieran para seguir abogando, como ya he hecho en algún lugar anteriormente, por la necesidad de incorporar, en todos los sistemas de control de constitucionalidad, fórmulas flexibles que permitan que la declaración de inconstitucionalidad no siempre vaya anudada a una estricta nulidad, ni que los efectos de tal declaración deban siempre producirse de inmediato o incluso hacia el pasado.

I. LA SENTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS: PLANTEAMIENTO GENERAL

En los sistemas de jurisdicción constitucional basados en el modelo concentrado, el objetivo primordial de los procedimientos de control de constitucionalidad es la depuración del ordenamiento, expulsando del mismo las normas inconstitucionales. Por ello, y con todas las variantes que pueden encontrarse, la idea común en estos sistemas es que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal tiene efectos generales, y provoca la definitiva eliminación del precepto inconstitucional. En el modelo originario austriaco, esta eliminación del precepto inconstitucional no despliega sus efectos hacia el pasado, ya que en definitiva se entiende que la sentencia que declara la inconstitucionalidad produce un efecto de derogación sobre la norma impugnada, pues el tribunal actuaría en este caso como un “legislador negativo”, según la concepción kelseniana del mismo.

Los sistemas de control de constitucionalidad de Europa occidental están, en líneas generales, diseñados de acuerdo con los parámetros de ese modelo kelseniano. Sin embargo, el desarrollo de los mismos ha ido produciendo diversas variantes, separaciones del modelo originario, e incluso aspectos dudosos o problemáticos que ciertos sistemas no han resuelto de forma definitiva. En lo que afecta a la sentencia recaída en el control de constitucionalidad y sus efectos, estas variaciones (y estas cuestiones más o menos abiertas) son principalmente:

- a) El problema de los efectos temporales de la sentencia. Buena parte de los sistemas, separándose en mayor o menor medida del austriaco, han ido incorporando la posibilidad de dotar de ciertos efectos retroactivos a la sentencia de inconstitucionalidad, tendiendo a sustituir el efecto de derogación por el de nulidad, y el carácter constitutivo de la sentencia por el declarativo. Todo ello aun cuando en algunos sistemas no parece clara la definición de esos efectos temporales, y en los que establecen la nulidad, ésta encuentre limitaciones evidentes, por razones de seguridad jurídica.
- b) Por otro lado, los mismos efectos de las sentencias estimatorias se ven exceptuados, matizados, o corregidos en ocasiones por algunos tribunales constitucionales, de tal modo que no siempre se produce la nulidad o la derogación, sino que se han ido incorporando otras posibles consecuencias para la declaración de inconstitucionalidad, e

incluso la posibilidad de no establecer consecuencia jurídica alguna sobre la vigencia del precepto, a pesar de declarar su inconstitucionalidad. En esta línea puede encontrarse la llamada “inconstitucionalidad sin nulidad” y sus diversas variantes.

- c) La cuestión de los efectos de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad. En principio, en el modelo concentrado este problema no era excesivamente relevante, pues este tipo de decisión no supone alteración alguna en la vigencia y aplicación de la ley, dado que la “confirmación” de su constitucionalidad no supone cambio alguno en su “status”. Sin embargo, y dado que estas sentencias suelen incorporar una interpretación tanto de la ley como de la propia Constitución, se plantea la cuestión de cuáles son los efectos de esas interpretaciones realizadas por el tribunal constitucional, y que constituyen el fundamento de la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad y, en su caso, de la declaración, expresa o implícita, de constitucionalidad de la ley. Para resolver esta cuestión, algunos sistemas han tendido a dotar de ciertos efectos vinculantes a las sentencias desestimatorias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad (o incluso, a todas las sentencias del tribunal constitucional), imponiendo a los tribunales ordinarios el seguimiento de la interpretación establecida por el tribunal constitucional, e incorporando así consecuencias que en principio serían más propias del principio “*stare decisis*” en que se basa el modelo norteamericano.
- d) La propia dicotomía entre estimación-desestimación (inconstitucionalidad-constitucionalidad), como fallos propios de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, se ve ampliamente superada con la incorporación de una variada tipología de “decisiones intermedias” que en realidad son formas de estimación parcial de la inconstitucionalidad. Entre ellas destacan las llamadas “sentencias interpretativas”, que, sin alterar en modo alguno el texto de la disposición impugnada, alteran su contenido normativo, seleccionando de entre las varias interpretaciones o normas derivadas (alternativa o acumulativamente) de la disposición, aquéllas que resultan constitucionales a juicio del tribunal, y separándolas de las inconstitucionales.

En suma, aun cuando los sistemas europeos siguen, en líneas generales, basados en un supuesto modelo kelseniano “puro”, los mismos han

ido incorporando una gran variedad de soluciones no previstas en tal modelo, para hacer frente a diversos problemas y soluciones que no encontraban cumplida respuesta en el mismo. Sin embargo, muchas de estas soluciones no se han introducido mediante reformas constitucionales o legales, sino que ha sido la propia práctica de los tribunales la que ha incorporado esas nuevas fórmulas, o por lo menos, dicha práctica ha precedido, en la mayor parte de los casos, a la cobertura constitucional y/o legal para estas nuevas medidas, efectos o formulaciones en las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley.

En el caso español parece resultar bastante cierto lo que venimos diciendo. La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) parecen, hasta ahora, bastante respetuosas con un supuesto modelo “clásico” de control concentrado, en lo que atañe a la regulación de los tipos y efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, la práctica del tribunal constitucional, movida por la ineludible necesidad de dar respuesta a los más variados supuestos de “irregularidades constitucionales” en la normativa legal, ha tenido que incorporar nuevos modelos de sentencias, y adaptar los efectos legales de las mismas.

Lo que acabamos de apuntar es lo que parece deducirse de un breve examen de la dicción de los preceptos constitucionales y legales. Comenzando por la norma fundamental, conviene recordar que su artículo 161.1 a), tras referirse al recurso de inconstitucionalidad, proclama que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”. Por su parte, el artículo 164.1 dispone la publicación de las sentencias del tribunal constitucional con sus votos particulares, el valor de cosa juzgada de las mismas y su irrecurribilidad, y señala que “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Y el apartado 2 de este artículo añade: “Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

Ciertamente, quizá de esta regulación constitucional se derivan más dudas que certezas, pero en mi opinión cabe apuntar, tras su examen, las siguientes ideas:

- 1) Que la ley o la parte de la ley declarada inconstitucional pierde la vigencia (artículo 164.2 *a contrario*).

- 2) Que la Constitución no concreta si los efectos de la sentencia estimatoria han de ser los de la nulidad, o los de la derogación. Es cierto que el artículo 161.1 a), al establecer que la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada, parece partir del principio general de que la declaración de inconstitucionalidad implica la nulidad con efectos *ex tunc* (principio del que se exceptúan precisamente esas sentencias que no perderán el valor de cosa juzgada); pero también es verdad que ello no se dispone de manera expresa, e incluso el mencionado artículo 164.2 podría interpretarse en el sentido de que los efectos propios de la sentencia estimatoria son los de la derogación. Por tanto, en mi opinión la ley podría permitir efectos diferentes a los de la nulidad con efectos *ex tunc*, al menos en ciertos supuestos.
- 3) Aunque se han apuntado ciertas dudas sobre el alcance del artículo 164.1 de la Constitución, creo que del mencionado precepto se deduce que los efectos *erga omnes* se predicen de todas las sentencias del tribunal constitucional, excepto las que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Esto, en línea de principio, conlleva los efectos generales de todas las sentencias, excepto las de amparo.¹ Es cierto que, al referirse genéricamente la Constitución a “todas las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho”, resulta inútil la mención expresa de “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley”, que obviamente están incluidas entre las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Pero, a mi juicio, entender que sólo poseen efectos *erga omnes* las sentencias estima-

¹ Parece que hay que rechazar el contrasentido al que nos llevaría una interpretación excesivamente literal, según el cual tendrían efectos generales las sentencias desestimatorias de amparo, dado que no proceden a “la estimación subjetiva de un derecho”. No podemos aquí extendernos en esta cuestión, pero baste apuntar que la expresión “todas las que no se limitan” parece aludir a las que “van más allá” de esa estimación subjetiva. Y, obviamente, la sentencia desestimatoria no “va más allá” de la estimatoria. Quedaría determinar si las sentencias de amparo que “van más allá” de la estimación/desestimación del derecho subjetivo (por ejemplo, las que declaran la inconstitucionalidad de un acto o disposición, incluso de una norma sin rango de ley) gozan de efectos generales. Los mismos no están excluidos, sino que más bien parecen incluidos por el artículo 164.1 CE. De todos modos, como enseguida se verá, la cuestión no tiene tanta trascendencia una vez que la LOPJ ha establecido claramente la vinculación de todos los jueces y tribunales a la interpretación resultante de “las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos”, lo que, a efectos prácticos, viene a aproximar los efectos de todas las sentencias.

torias de la inconstitucionalidad supone, lisa y llanamente, obviar por completo el inciso del artículo que se refiere a “todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho”.

Conviene destacar también algunos preceptos de la LOTC, en su redacción vigente al escribir estas páginas (previa al proyecto de reforma de 2005 que aquí se analiza). El artículo 38.1 señala que “las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Y el artículo 39.1 afirma que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...”. El artículo 40.1 establece que las sentencias estimatorias no afectarán a los procedimientos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, excepto en el caso de los procedimientos penales o contencioso-administrativos sancionadores en los que la nulidad de la norma implique una reducción de la pena o la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad; y su apartado 2 dispone que la jurisprudencia de los tribunales recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional “habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”. En fin, uno de los preceptos de mayor trascendencia en esta materia se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); en efecto, su artículo 5.1 establece que todos los Jueces y tribunales “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”.

En mi opinión, de los preceptos apuntados, en su redacción vigente, se deducen las siguientes consecuencias de interés en el tema que nos ocupa:

- 1) La LOTC confirma que los efectos generales son predicables de todas las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, con independencia de que sean estimatorias o desestimatorias (artículo 38.1).
- 2) Aunque la Constitución no lo exigía, la LOTC ha querido vincular necesariamente la declaración de inconstitucionalidad con la nulidad, de manera que no permite la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad (artículo 39.1, que no admite duda al respecto).

- 3) La LOTC parece partir de la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el pasado, aunque los matiza imponiendo el respeto a las sentencias con efecto de cosa juzgada, en el sentido y con las excepciones vistas en el artículo 40.1
- 4) Cuando el tribunal declara constitucionales o inconstitucionales determinadas interpretaciones de los preceptos, es decir, normas que derivan de los mismos, esa declaración vincula a los tribunales y jueces ordinarios. Éstos no podrán aplicar las interpretaciones declaradas inconstitucionales, y habrán de seguir las interpretaciones declaradas constitucionales, al menos cuando se desprenda de la sentencia del tribunal constitucional que tal interpretación o interpretaciones son las únicas acordes con la Constitución.

En suma, la Constitución y la legislación aplicable, a pesar de las incógnitas que plantean, parecen establecer un modelo relativamente sencillo en cuanto a los efectos y tipos de sentencias en los procesos de inconstitucionalidad: las sentencias serán estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad, todas ellas tendrán efectos “*erga omnes*” y efectos vinculantes para los jueces y tribunales ordinarios, las sentencias de inconstitucionalidad conllevan la nulidad del precepto impugnado, lo que supone efectos retroactivos con carácter general.

Sin embargo, y como ya antes apuntábamos, tras veinticinco años de jurisprudencia constitucional, la realidad ha puesto de manifiesto la insuficiencia de las categorías normativas, en cuanto a clasificación y efectos de las sentencias, lo que ha obligado al tribunal constitucional a buscar, a veces en contra de la redacción legal, otros modelos de sentencias, que despliegan efectos diferentes a los establecidos en la norma legal. Vamos a verlo con más detalle a través de diversas clasificaciones de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.

II. ENSAYOS DE CLASIFICACIÓN

Con la intención de sistematizar los diversos tipos de sentencias en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley, esbozaremos varias clasificaciones, de acuerdo con diversos criterios, para tratar de señalar las diferencias entre la regulación legal y la rica práctica y, aun dentro de ésta, entre los enunciados formales de la parte dispositiva de las sentencias, y los efectos materiales de las mismas.

1. *Clasificación legal*

Como puede deducirse de los anteriores comentarios, tanto para la Constitución como para la LOTC existen sólo dos tipos básicos de sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad: las desestimatorias y las estimatorias. Para ser más precisos, y en puridad, la Constitución y la LOTC proceden a una regulación general de las sentencias del tribunal constitucional en este tipo de procesos, dentro de la cual singularizan en algunos casos concretos las sentencias estimatorias.

Los llamados “tipos intermedios” no tienen, por tanto, al día de hoy cobertura legal expresa, si bien cabría hacer una distinción. A estos efectos:

- a) Aunque no se contemple expresamente, no está descartada la inconstitucionalidad parcial, y de hecho no parece que la misma encuentre obstáculo legal alguno, pues si cabe declarar la inconstitucionalidad de todo lo impugnado (o incluso de preceptos no impugnados según el artículo 39.1), también cabría declarar la inconstitucionalidad de parte de lo impugnado. Y ello parece aceptable tanto para la inconstitucionalidad parcial del texto (de un inciso, frase, etcétera, del precepto impugnado) como del contenido normativo o de la interpretación de él derivados (caso de las sentencias interpretativas, como se verá).
- b) En cambio, la hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad no sólo no está contemplada expresamente, sino que es manifiestamente contraria a la LOTC, que es clara al vincular inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1). Por la misma razón parecen excluidas legalmente otras fórmulas que veremos, como por ejemplo el otorgamiento de un plazo al legislador para corregir la inconstitucionalidad, pues implican necesariamente ignorar esa ineludible vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

2. *Clasificación formal*

Si dejamos a un lado las previsiones legales y nos centramos en el análisis de las sentencias del tribunal constitucional recaídas efectivamente en los procedimientos de inconstitucionalidad, comprobaremos que la tipología de las sentencias crece notoriamente. Y ello porque, como se ha apuntado, el tribunal ha tenido que salirse en reiteradas ocasiones de la rígida bipartición constitucionalidad-inconstitucionalidad (con

necesaria vinculación entre esta última y nulidad), incorporando otro tipo de pronunciamientos a sus fallos. Con todo, el análisis de las sentencias del tribunal permite todavía dos enfoques diferentes:

- a) El basado exclusivamente en lo que afirma la parte dispositiva de las sentencias, es decir, en las declaraciones formales de los fallos.
- b) El que tiene en cuenta la “operación” que materialmente realiza la sentencia constitucional sobre el precepto impugnado, incluyendo tanto su texto como, fundamentalmente, su contenido normativo.

Puede, por tanto, distinguirse utilizarse un criterio “formal” o uno “material” para clasificar las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad. Comenzando por el formal, cabría distinguir:²

A. Sentencias desestimatorias

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.
2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.³

² Conviene aclarar que, aunque hablaremos de “sentencias” estimatorias, desestimatorias, etcétera, en el caso de que se recurran varios preceptos de la misma o de diferentes leyes, una misma decisión puede contener en su fallo varios apartados o pronunciamientos, que pueden no coincidir entre sí; de esta forma, en el fallo de una sentencia pueden encontrarse simultáneamente *pronunciamientos* de estimación pura, desestimación pura, interpretativos, etcétera. De manera que sería más preciso hablar de “clasificación de pronunciamientos” que de “clasificación de sentencias”, aunque nos referiremos a sentencias porque ello resulta más simple e inmediatamente comprensible.

³ Han sido muy numerosas las sentencias de nuestro tribunal constitucional que han adoptado esta fórmula. A título de ejemplo, pueden destacarse las SSTC 11/1.981, del 8 de abril (apartados 2, a y e del fallo); 14/1981, del 29 de abril; 37/1981, del 16 de noviembre (apartado 2); 5/1982, del 8 de febrero; 35/1982, del 14 de junio (apartado 2); 72/1983, del 29 de julio (apartado 1, b del fallo); 87/1985, del 16 de julio (apartado 1, b); 178/1985, del 19 de diciembre; 63/1986, de 21 de mayo (apartado 1, a); 88/1986, del 10 de julio (apartado 2); 26/1987, del 27 de febrero (apartado 2); 99/1987, del 11 de junio (apartado 2); 115/1987, del 7 de julio (apartado 1, a); 49/1988, del 22 de marzo (apartado 1, b); 142/1988, del 12 de julio (apartado 1, a); 15/1989, del 26 de enero (apartado 1, d); 86/1989, del 11 de mayo (apartado 2); 76/1990, del 26 de abril (apartados 1, 2, y 3);

3. Otros tipos de sentencias desestimatorias.⁴

B. *Sentencias estimatorias*

1. Sentencias de estimación total, que son aquéllas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.
2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:
 - A) Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.
 - B) Sentencias de estimación parcial respecto a la norma, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas pueden calificarse como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

141/1990, del 20 de septiembre (apartado 1); 17/1991, del 31 de enero (apartados 1, 2 y 3); 148/1991, del 4 de julio (apartado 2); 44/1992, del 2 de abril (apartado 3); 237/1992, del 15 de diciembre (apartados 2 y 3); 81/1993, del 8 de marzo (apartado 2); 284/1993, del 30 de septiembre (apartado 2); 337/1994, del 23 de diciembre (apartado 2); 185/1995, del 14 de diciembre (apartado 4); 69/1996, del 18 de abril; 76/1996, del 30 de abril; 195/1996, del 28 de noviembre (apartado 1); 212/1996, del 19 de diciembre (apartado 2, a); 103/1997, del 22 de mayo (apartado 2); 133/1997, del 16 de julio (apartados 1, b y 2, b); 14/1998, del 22 del enero (apartado 1); 109/1988, del 21 de mayo (apartado 2); 149/1998, del 2 de julio (apartado 2); 173/1998, del 23 de julio (apartado 2); 116/1999, del 17 de junio (apartado 2, a); 233/1999, del 16 de diciembre (apartados 2 y 3); 242/1999, del 21 de diciembre (apartado 2, b).

⁴ Aunque tampoco han tenido una utilización muy destacada por nuestro tribunal constitucional, conviene al menos mencionar que no son desconocidos en derecho comparado otros tipos de fallos que son formalmente desestimatorios, aunque la desestimación no es pura o simple, y tampoco pueden calificarse como sentencias interpretativas: así sucedería con las sentencias que declaran que una ley “no es todavía inconstitucional”, pero puede llegar a serlo si no se modifica la regulación, o en general las “sentencias de apelación”, cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales. Como es sabido, este tipo de decisiones son relativamente frecuentes en el sistema alemán.

- a) Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado “es inconstitucional, si se interpreta...” o “interpretado...” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos. Si bien estas decisiones han sido en nuestro sistema mucho menos frecuentes que las sentencias interpretativas de desestimación (y también mucho menos frecuentes que en otros sistemas, como el italiano), sí pueden encontrarse algunos ejemplos.⁵
- b) Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones “sentencias manipulativas”. Pero incluso este grupo comprendería tres tipos de decisiones:
 - Sentencias reductoras, que son las que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte en que...” o “en cuanto...” prevé o incluye “algo” contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al

⁵ En el primer año de su actividad, el tribunal constitucional parecía “dudar” sobre si la forma idónea de un fallo interpretativo debía ser la estimatoria o la desestimatoria. Por ello, en 1.981 pueden encontrarse, junto a sentencias interpretativas desestimatorias, algunas sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, como las SSTC 22/1981, del 2 de julio, o la STC 34/1981, del 10 de noviembre. Incluso puede encontrarse en este año alguna sentencia “mixta”, ya que su fallo señala tanto la interpretación constitucional como la inconstitucional: STC 14/1981, del 29 de abril. Después del primer año, las sentencias interpretativas estimatorias fueron prácticamente abandonadas por nuestro tribunal constitucional, pero todavía puede encontrarse algún ejemplo: STC 105/1988, del 8 de junio. También son formalmente sentencias interpretativas de estimación otras decisiones: SSTC 199/1987, del 16 de diciembre (apartado 3, c) del fallo); 62/1.990, del 30 de marzo (apartado 1), o 118/1996, del 27 de junio (apartado A, 3, en su referencia al artículo 155.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres); pero en realidad, estas sentencias tienen carácter materialmente aditivo (199/1987), sustitutivo (62/1990) o reductor (118/1996).

texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional “por exceso”.⁶

- Sentencias aditivas, que indican que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé...”, o “no incluye...”, o “excluye...” “algo” que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso de una inconstitucionalidad “por defecto”, pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto.⁷
- Sentencias sustitutivas, cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, “en lugar de” otra cosa que debería prever para ser constitucional.⁸

⁶ Este tipo de decisiones ha sido relativamente frecuente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, desde sus inicios. Por ejemplo, SSTC 4/1981, del 2 de febrero (apartados 2, B, C y D del fallo); 5/1981, del 13 de febrero (apartado 2, B); 54/1983, del 21 de junio; 160/1986, del 16 de diciembre; 116/1987, del 7 de julio (apartado 2); 181/1988, del 13 de octubre (apartado 11); 113/1989, del 22 de junio; 132/1989, del 18 de julio (apartado 2); 149/1991, del 12 de diciembre (apartado 11 del fallo, en algunos incisos); 5/1992, del 16 de enero; 158/1993, del 6 de mayo; 146/1994, del 12 de mayo; 118/1996, del 27 de junio (apartado A), 5); 166/1998, del 15 de julio; 11/1999, del 11 de febrero (apartado 2); 233/1999, del 16 de diciembre (apartado 1).

⁷ Aunque en España las sentencias aditivas no constituyen un fenómeno tan frecuente como en el sistema italiano (que es el que ha dado más ejemplos, y del que derivan tanto la denominación como la preocupación doctrinal por este tipo de decisiones), sí es verdad que pueden encontrarse varios ejemplos, la mayoría de los cuales han sido polémicos, o han venido acompañados de votos particulares que no compartían el fallo del tribunal. Pueden mencionarse las siguientes decisiones aditivas: SSTC 29/1986, del 20 de febrero (apartados 1, A, a, b y c del fallo); 116/1987, del 7 de julio (apartado 11); 48/1988, del 22 de marzo (apartados 11, b, y 21, b, sólo en su referencia al f. j. 18); 154/1989, del 5 de octubre (apartado 11); 142/1990, del 20 de septiembre; 222/1992, del 11 de diciembre; 3/1993, del 14 de enero; 134/1996, del 22 de julio; 73/1997, del 11 de abril (apartado 1); 40/1998, del 19 de febrero (apartado 2 del fallo, inciso segundo; esta sentencia contiene una parte aditiva y otra parte en la que, señalando la inconstitucionalidad de una omisión, se afirma que no corresponde al tribunal la determinación concreta de la exigencia constitucional). Aunque no puedan calificarse estrictamente como sentencias aditivas, también pueden mencionarse algunas decisiones en las que el carácter aditivo deriva de la inconstitucionalidad de algún inciso textual: sobre todo, la STC 103/1983, del 22 de noviembre; 104/1983, del 23 de noviembre (que en realidad reitera lo dispuesto en la sentencia anterior), y también la STC 27/1985, del 25 de febrero, muy similar a la anterior STC 76/1982, del 14 de diciembre.

⁸ Este tipo de decisiones, que no son en absoluto desconocidas en la jurisprudencia de la corte constitucional italiana, sí son excepcionales en nuestro sistema. Quizá podría

- c) Otros tipos de sentencias estimatorias, y en particular aquellas que declaran la inconstitucionalidad, pero no la nulidad, o las que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad del establecimiento de un plazo, o aquellas que declaran que un precepto “no tiene carácter básico”, “no es aplicable” en determinado ámbito territorial, o “no tiene aplicación directa” en el mismo.⁹

citarse la STC 183/1988, de 13 de octubre (apartado 1 del fallo), que declara inconstitucional la referencia contenida en un precepto al “Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma, debiendo entenderse el mandato legal referido a la Comunidad Autónoma, sin previsión de órgano concreto alguno de la misma”. Sin embargo, y como veremos, sí existen varias sentencias que, a pesar de su carácter formalmente interpretativo de desestimación, operan en realidad una sustitución de parte del contenido normativo de un precepto, por otro contenido que el tribunal señala en su fundamentación.

⁹ Al igual que hemos señalado respecto a las sentencias desestimatorias, hay que señalar ahora que también existen otras decisiones parcialmente estimatorias que no pueden encuadrarse sin dificultad en ninguna de las categorías anteriores. En este grupo habría que citar, en primer lugar, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto, pero no vinculan a esta declaración al de nulidad del mismo. Como es sabido, este tipo de decisiones ha sido utilizado en alguna ocasión por nuestro tribunal constitucional, haciéndose cada vez más frecuente, a partir de la primera decisión de este tipo, que fue la STC 45/1989, del 20 de febrero (apartados 1, 2 y 3 del fallo). Pero también habría que incluir en este grupo toda una serie de pronunciamientos “atípicos” que han sido consecuencia del complejo sistema de distribución de competencias existente en nuestro sistema. Ello ha provocado que, en ocasiones el Tribunal haya señalado, en sentencias que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, que un precepto “no es aplicable” en el territorio de una o varias Comunidades Autónomas (por citar sólo algún ejemplo, SSTC 179/1985, del 19 de diciembre, apartado 2; 29/1986, del 20 de febrero, apartado B; 330/1994, del 15 de diciembre, apartados 1 y 2; 118/1996, del 27 de junio, apartado A, 7); o bien, que “es de aplicación supletoria” o “no es de aplicación directa” en una Comunidad (entre otras muchas, SSTC 227/1988, del 29 de noviembre, apartado 1, b y c; 15/1989, del 26 de enero, apartado 11, b; 133/1990, del 19 de julio, apartado 1, o 43/1996, del 14 de marzo, apartado 1; aunque este tipo de pronunciamiento parece que tenderá a disminuir o desaparecer como consecuencia de la última interpretación de la cláusula de supletoriedad llevada a cabo sobre todo por STC 61/1997, del 20 de marzo); o, con mucha frecuencia, que determinado precepto “no es básico” o “no tiene carácter básico” (a título de simple muestra, SSTC 49/1988, del 22 de marzo, apartado 1, C; 132/1989, del 18 de julio, apartado 4; 118/1996, del 27 de junio, apartados A, 2 y 3; 118/1998, del 4 de junio, apartado 1; 233/1999, del 16 de diciembre, apartado 4). Cabe apuntar que algunas de estas decisiones podrían considerarse como un tipo especial de sentencias “reductoras” en el que la reducción no afecta tanto al contenido normativo del precepto en sentido estricto, cuanto a su ámbito territorial de aplicación; ello sucede especialmente con las sentencias que declaran que un precepto “no es aplicable” en una o varias Comunidades Autónomas, en ocasiones como consecuencia de su carácter no básico.

3. *Clasificación material*

La anterior clasificación se basa como se ha dicho en un criterio formal, que tiene en cuenta exclusivamente el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Pero cabe también una clasificación material, que tenga en cuenta los efectos realmente producidos por el fallo en el *contenido normativo* del precepto cuestionado. Desde esta perspectiva, creo que pueden destacarse algunas ideas:

- En primer lugar, y como criterio material general, puede afirmarse que toda sentencia que no es de desestimación pura, es de estimación parcial, pues todo lo que no sea afirmar la conformidad constitucional del precepto impugnado, implica un reproche al mismo desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución, y por tanto supone, al menos en parte (aunque acaso sólo de forma implícita) la afirmación de que dicha adecuación constitucional no se produce, y de que hay, por tanto, una parte del precepto que es inconstitucional.¹⁰
- En particular, todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que 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 conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello he afirmado que el fallo de una sentencia interpretativa debería ser *siempre* formalmente de estimación, señalando que el precepto “es inconstitucional si se interpreta...” o “es inconstitucional, salvo que se interprete...” o “es inconstitucional, en la parte en que...” o “en cuanto...”, “en la medida en que...”, etcétera.

¹⁰ Todo ello, dejando de lado lo que pueden considerarse meros comentarios o valoraciones que a veces el tribunal añade a una declaración de constitucionalidad, en tanto no supongan condicionamiento o matización a la misma. Por ejemplo, no dejan de ser sentencias de desestimación las que, declarando plenamente la conformidad constitucional del precepto, realizan un llamamiento al legislador para que lo modifique porque ello es conveniente desde determinada perspectiva, o avisan de que eventualmente, en el futuro, el precepto podría devenir inconstitucional. En todos los demás casos que sí suponen un reproche actual a la constitucionalidad (sentencias interpretativas, inconstitucionalidad sin nulidad, apelación al legislador cuando se señala la inconstitucionalidad, etcétera) hay materialmente inconstitucionalidad parcial.

- Como consecuencia de lo anterior, todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación, materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio. Con frecuencia, estas sentencias rechazarán una o varias (o todas menos una) entre las interpretaciones que pueden derivar alternativamente de un texto, es decir, que serán materialmente interpretativas estimatorias en el sentido más estricto. Pero también hay casos relativamente frecuentes de sentencias interpretativas formalmente desestimatorias, que “encubren” en realidad pronunciamientos materialmente reductores,¹¹ aditivos¹² o sustitutivos.¹³ O sentencias formalmente aditivas que contienen en realidad un pronunciamiento materialmente reductor,¹⁴ etcétera.

En consecuencia, tiene utilidad una clasificación *material* de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, que podría ser la siguiente:

¹¹ Pueden encontrarse varias decisiones de este tipo, aunque es cierto que en ocasiones resulta difícil precisar si los efectos sobre el contenido normativo son reductores, o simplemente se está eligiendo una entre varias interpretaciones alternativas (en realidad, ambas circunstancias podrían producirse simultáneamente). Por citar algún ejemplo reciente de sentencias materialmente reductoras, a pesar de su carácter formalmente interpretativo desestimatorio: STC 50/1999, del 6 de abril (apartado 2 del fallo), o 233/1999, del 16 de diciembre (apartado 21); también puede destacarse la STC 56/1990, del 29 de marzo, que es materialmente reductora, y al tiempo sustitutiva.

¹² Así sucede, entre otros ejemplos, con la STC 74/1987, del 25 de mayo, o incluso con la STC 233/1999, del 16 de diciembre, en el apartado 3 de su fallo. En cualquier caso, conviene señalar que, en un sentido más amplio, muchas de las sentencias interpretativas desestimatorias tendrían un cierto carácter aditivo, ya que muchas veces la interpretación elegida supone una concreción o especificación que de alguna manera “añade” algo a lo estrictamente señalado por la ley; un buen ejemplo de ello estaría constituido por la STC 76/1996, del 30 de abril. De ahí la dificultad para precisar cuándo una sentencia es materialmente aditiva, ya que en algunos casos lo que se “añade” es un requisito o una “precisión” no previstos en la ley. Aunque hay supuestos en los que claramente puede apreciarse la ampliación del contenido normativo (bien en los supuestos de aplicación, o bien en las consecuencias jurídicas). Uno de estos supuestos “claros” es, a mi juicio, la primera de las sentencias citadas en esta nota.

¹³ En mi opinión, ejemplos de este tipo serían las SSTC 10/1982, del 23 de marzo (apartado 1, C del fallo), o 56/1990, del 29 de marzo (apartado 1, b, del fallo, que como ya hemos apuntado es materialmente sustitutivo y reductor en su referencia al f. j. 13, b).

¹⁴ Podrían citarse en este sentido las SSTC 113/1989, del 22 de junio, o 158/1993, del 6 de mayo, cuyo fallo adopta una forma similar al de las sentencias propiamente aditivas, pero que producen un efecto reductor sobre el contenido normativo del precepto cuestionado.

1. Sentencias de desestimación pura, que son las que desestiman el recurso o cuestión, sin rechazar ninguna interpretación de la ley, ni modificar o alterar su contenido normativo.
2. Sentencias materialmente de estimación parcial, que serían todas las demás (ya que, como se ha dicho, y en cierto sentido resulta obvio, *toda sentencia que no es de desestimación total, es de estimación parcial*) y que comprenderían, a su vez:
 - A. Sentencias interpretativas en sentido estricto, que serían aquellas que (con independencia de que su fallo sea *formalmente* estimatorio o desestimatorio) “eligen”, entre las varias interpretaciones de un precepto, aquélla o aquéllas conformes a la Constitución, o “descartan” la o las inconstitucionales.
 - B. Sentencias materialmente manipulativas, grupo comprendido por aquellas decisiones que (de nuevo con independencia de cuál sea *formalmente* el sentido de su fallo) entienden que el contenido normativo derivado *conjuntamente* del precepto es en parte inconstitucional, y al afirmar dicha inconstitucionalidad proceden a reducir, ampliar o sustituir dicho contenido normativo. Dentro de este grupo estarían:
 - a) Sentencias materialmente reductoras.
 - b) Sentencias materialmente aditivas.
 - c) Sentencias materialmente sustitutivas.
 - C. Otras sentencias materialmente estimatorias, grupo que englobaría todos los demás supuestos en los que el tribunal realiza materialmente un reproche a la constitucionalidad del precepto, venga éste o no acompañado de una declaración de nulidad total o parcial.

Interesa destacar que, desde este punto de vista material, incluso es posible encontrar sentencias cuyo fallo es formalmente de desestimación pura, pero cuyos efectos sobre el contenido normativo del precepto son realmente de inconstitucionalidad, bien por su carácter interpretativo, manipulativo o similar. A mi juicio, un buen ejemplo de lo que digo es (entre otros muchos que podrían señalarse) la sentencia 176/1999, del 30 de septiembre, ya que, a pesar de que formalmente esta sentencia procede a desestimar el recurso planteado, en realidad señala cuál debe ser la interpretación del precepto conforme a la Constitución; y esta interpreta-

ción reduce el contenido normativo que parece derivar de la literalidad del precepto, con lo que la decisión podría considerarse incluso como materialmente interpretativa-reductora.

III. LA REFORMA DE LA LOTC Y LA CLASIFICACIÓN Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha indicado, la experiencia de la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional (y, en cierta medida, el conocimiento de ciertos tipos de sentencias utilizados en el derecho comparado) ha puesto de relieve la insuficiencia de las categorías previstas en la ley, para dar cobertura a la diversa variedad de medidas que en ocasiones es preciso adoptar para reparar, de la manera menos lesiva y más acorde con la Constitución, diversos supuestos de inconstitucionalidad de las leyes. Buena parte de los tipos de fallos constitucionales que venimos comentando son consecuencia de la necesidad de hacer frente a muy diversas situaciones de inconstitucionalidad parcial, sin declarar la pura y simple inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad de los preceptos impugnados.

Desde luego, la utilización de algunas de estas decisiones, especialmente de la amplia variedad de las que pueden agruparse en la categoría de “sentencias interpretativas” ha planteado no pocas cuestiones respecto a su legitimidad constitucional, pues existe el riesgo de que las mismas supongan invasión de competencias legislativas (dado el carácter “creador” de derecho que las mismas pueden implicar, particularmente en el caso de las sentencias interpretativas, más en concreto las manipulativas) o judiciales (pues, en definitiva, algunos de estos “modelos de decisión” implican la interpretación de la ley, función que en principio corresponde a los juzgados y tribunales ordinarios). Con independencia de que en algunos casos esas críticas podrían superarse teniendo en cuenta la función del control de constitucionalidad y la posición del tribunal constitucional como garante y como intérprete supremo de la Constitución, lo cierto es que en ocasiones se ha reclamado la utilización de otras alternativas ya mencionadas, como la inconstitucionalidad sin nulidad, o la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia estimatoria. Pero estas opciones, aparte de plantear la cuestión de en qué medida es lícito demorar o posponer la adopción de consecuencias que derivan directamente de la Constitución (lo que las hace justificables sólo a falta de otra alternativa

más idónea) tienen, hasta ahora, el problema más acuciante de la falta de cobertura legal expresa de muchas de ellas, o incluso, para ser más claros, de la prohibición legal expresa de toda medida que desvincule inconstitucionalidad y nulidad.

Sin embargo, ciertamente este tipo de medidas, si contasen con cobertura legal, resultarían admisibles en ciertas hipótesis, o al menos, podrían ser una opción aceptable por comparación con otras alternativas: no debería descartarse su uso, aunque nunca resultaría positivo el abuso, al tratarse de un instrumento delicado que plantea los problemas antes apuntados. En este sentido, y teniendo en cuenta que en determinadas ocasiones este tipo de medidas puede presentarse como la opción “menos mala” en el sentido de menos alejada de la Constitución y más respetuosa con las competencias y funciones de otros poderes del Estado, la doctrina venía reclamando insistentemente la reforma de la LOTC para contemplar y permitir el uso de estos fallos en las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. Y en este sentido se había pronunciado claramente el autor de estas líneas.

1. Planteamiento: el nuevo artículo 39 y la ruptura del vínculo entre inconstitucionalidad y nulidad

De manera que, en línea de principio (y sin perjuicio de los detalles que a continuación comentaremos), no cabe sino saludar positivamente este punto del proyecto de reforma de la LOTC,¹⁵ pues la misma contem-

¹⁵ En fase de corrección de pruebas de este trabajo se ha dado a conocer el informe de la Ponencia del Congreso de los diputados sobre este proyecto de ley (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, VIII Legislatura, núm. 60-9, 5 de diciembre de 2006), que, sorprendentemente, hace desaparecer (entre otras) todas las reformas del proyecto que afectaban al artículo 39 de la LOTC, manteniendo íntegramente la redacción anterior de éste. No obstante, he preferido mantener las reflexiones que aparecen en el texto, básicamente por los siguientes motivos: 1) porque el análisis que aquí se realiza contiene un examen y valoración, con cierto alcance general, de ciertos instrumentos y mecanismos interesantes, de cara a su posible utilización en las sentencias constitucionales, y que permitirían evitar otras soluciones que en algún caso podrían resultar menos idóneas; 2) porque todavía es posible que, en las sucesivas fases de la tramitación parlamentaria, se recuperen, incluso con alguna posible mejora en la línea sugerida en el texto, las modificaciones que introducía el proyecto (la esperanza es lo último que se pierde); y 3) porque en caso de que definitivamente la redacción del artículo 39 se mantuviera en los términos hoy vigentes, me gustaría que las siguientes páginas sirvieran para seguir abogando, como ya he hecho en algún lugar anteriormente, por una necesaria reforma de dicho precepto, aunque lamentablemente se perdería ahora una magnífica oportunidad para emprenderla.

pla expresamente tres aspectos de interés, que vienen a flexibilizar notoriamente las fórmulas que el Tribunal puede adoptar en la parte dispositiva de las sentencias recaídas en procesos constitucionales. Estas tres novedades son: *a)* la inconstitucionalidad sin nulidad (artículo 39.1); *b)* la nulidad diferida (artículo 39.1); y *c)* la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa (artículo 39.3).

Sin embargo, conviene tener en cuenta que estos tres aspectos no son, en realidad, tres nuevos tipos de medidas o de sentencias que pueda adoptar el tribunal constitucional, sino sólo dos nuevos modelos de pronunciamiento, en realidad muy vinculados entre sí, como son la declaración de mera inconstitucionalidad, y la nulidad diferida (o retraso de los efectos de la sentencia estimatoria de nulidad). Y ello porque el tercer aspecto mencionado (la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa) no representa en realidad un tipo diferente de fallo o sentencia constitucional, sino un caso o supuesto particular que lleva también a no declarar inmediatamente la nulidad.

En puridad, la reforma contiene fundamentalmente una novedad de trascendencia, como es la ruptura del vínculo, antes insoslayable, entre la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad del precepto impugnado. A partir de ahí, caben dos opciones, como son la simple declaración de inconstitucionalidad sin más consecuencias, o el retraso en la aplicación del efecto de nulidad del precepto. Éstas son, en sentido propio, las dos alternativas que introduce el proyecto de ley. Pero éste, con una sistemática discutible, parece querer separar de estas hipótesis las de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, previstas en el artículo 39.3, dando en estos casos un mayor margen al tribunal, para acompañar a tal declaración de cualquier otra medida procedente. Con todo, el artículo 39.3 no está incorporando un nuevo modelo de decisión, sino que está simplemente recogiendo de forma expresa uno de los supuestos en los que procede no declarar la nulidad inmediata del precepto inconstitucional, estableciendo, eventualmente, otras posibles consecuencias de esa declaración.

En todo caso, y reiterando que en realidad hablamos de dos nuevos modelos de decisión y no de tres (y en realidad, de un único elemento novedoso como es la posibilidad de declarar la mera inconstitucionalidad sin nulidad inmediata), procedemos a comentar brevemente los tres supuestos contemplados en el proyecto.

2. *La inconstitucionalidad sin nulidad*

Ya se ha indicado que el tribunal constitucional ha recurrido en varias ocasiones a declarar la mera inconstitucionalidad, sin acompañar a ésta de la nulidad, a pesar de la previsión legal expresa en contra. Este modelo de decisión procede del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha venido adoptando decisiones de mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*), merced a la previsión legal contenida en el parágrafo 31.2 de su ley reguladora (BVerfGG), que permite, desde su reforma en 1970, declarar la ley compatible con la Ley Fundamental, incompatible o nula.

Hay diversas hipótesis en las que este tipo de medida parece la mejor solución para hacer frente a ciertos supuestos de inconstitucionalidad:

- a) Casos de inconstitucionalidad por omisiones legislativas relativas, en los que la inconstitucionalidad del precepto legal no se produce por su redacción o contenido, sino por alguna carencia o insuficiencia del mismo, y por ello no procede declarar su nulidad, ni total ni parcial. Tal es el caso de la STC 45/1989, del 20 de febrero, en la que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos que imponían la sujeción conjunta de los miembros de la unidad familiar al impuesto sobre la renta.
- b) Supuestos en los que no se declara la nulidad, porque la misma crearía una laguna legal cuyas consecuencias serían aun más alejadas de la Constitución (por ejemplo, el asunto resuelto en la STC 195/1998, del 10 de octubre, en la que se declara inconstitucional la ley estatal que regulaba la Reserva Natural de las Marismas de Santoña, por invasión competencial, pero no se declara la nulidad ante la ausencia de legislación autonómica específica, lo que hubiera provocado la ausencia total de protección de dicho espacio natural, en caso de declaración de nulidad de la ley impugnada).
- c) Casos en los que se entiende que la declaración de nulidad provocaría una situación más perjudicial que la existente si se dejara la norma en vigor, sobre todo cuando los preceptos impugnados ya agotaron todos sus efectos bastante tiempo atrás. En esa hipótesis nos encontramos cuando se declaran inconstitucionales partidas presupuestarias correspondientes a ejercicios económicos ya cerrados.¹⁶

¹⁶ Por ejemplo, SSTC 13/1992, del 6 de febrero; 16/1996, del 10 de febrero, y 68/1996, del 18 de abril).

Existiendo, por tanto, hipótesis en las que la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad resulta justificada, o al menos parece la medida menos apartada de la Constitución, hay que valorar positivamente el hecho de que la reforma de la LOTC introduzca expresamente la posibilidad de adoptar esta medida al señalar, en el artículo 39.1, que “la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad”.

3. El retraso de los efectos de la sentencia de nulidad

En ciertas hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad, y particularmente cuando la falta de declaración de nulidad obedece a la finalidad de evitar vacíos legales, resulta necesaria una nueva intervención legislativa acorde con las previsiones constitucionales, que sustituya a los preceptos legales considerados inconstitucionales, y sin embargo mantenidos provisionalmente vigentes. En tales casos puede resultar conveniente no abandonar por completo la sanción de nulidad de la ley, sino tan solo retrasar ese efecto el tiempo suficiente para que el legislador proceda a aprobar una nueva regulación normativa. De ese modo, el tiempo de retraso en la aplicación de la nulidad es, en definitiva, el plazo del que dispone el legislador para la aprobación del nuevo precepto legal.

Esta solución, sin embargo, tropieza con serias dificultades cuando falta una previsión constitucional o legal que permita al tribunal conceder ese plazo al legislador, pues en tal caso dicho plazo carece de cobertura legal, y falta además un criterio constitucional para establecer los límites temporales de dicho plazo. Quizá por ello nuestro tribunal constitucional ha acudido en ocasiones a la idea del “plazo razonable”, o ha concedido un plazo implícito.¹⁷ En otros modelos, como el austríaco, la posibilidad de retrasar los efectos de la anulación de la ley tiene amparo constitucional expreso, pudiendo el tribunal constitucional disponer dicho retraso en los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, hasta un máximo de dieciocho meses.

La previsión constitucional o legal expresa de este retraso da cobertura jurídica a una medida que, en otro caso, resultaría difícilmente justifi-

¹⁷ Así, en la mencionada STC 45/1989 se establecía que la nueva regulación había de producirse antes de proceder a la liquidación y pago del impuesto ya devengado. En otro caso bien distinto, la STC 216/1991, del 14 de noviembre, en un recurso de amparo, entiende que la vulneración del derecho se había producido por el mantenimiento de la desigualdad en el plano legislativo sin haber sido ésta corregida en un “plazo razonable”.

cable, pero que parece especialmente conveniente como fórmula para completar, en ciertos casos, la ausencia de declaración de nulidad, pues este plazo permite conminar al legislador a cumplir con los mandatos constitucionales. A falta de plazo, ciertas hipótesis de “inconstitucionalidad sin nulidad” implicarían la pervivencia en el ordenamiento, de modo indefinido, de preceptos legales cuya inconstitucionalidad ha sido constatada y declarada.

El proyecto de reforma de la LOTC señala, en el nuevo artículo 39.1, que la sentencia podrá “diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso podrá ser superior a tres años”. Por las razones que se han venido apuntando, debe valorarse positivamente la posibilidad de retrasar los efectos de la sentencia de nulidad. Sin embargo, me parece que el plazo que la ley establece como máximo resulta un tanto excesivo, tanto desde la perspectiva del derecho comparado (el plazo máximo existente en Austria es la mitad), como si se tiene en cuenta la necesidad de no demorar, más allá del tiempo estrictamente imprescindible, la exigencia al legislador del cumplimiento de los mandatos constitucionales. Por ello creo que puede afirmarse que prácticamente cualquier modificación legislativa imaginable puede llevarse a cabo (mucho más cuando existen poderosas exigencias constitucionales para hacerlo) en un período bastante inferior a tres años.

4. La inconstitucionalidad por insuficiencia normativa.

Se trata quizá del aspecto más mejorable de la reforma de la LOTC, al menos en lo que tiene que ver con la tipología y efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. De mantenerse la redacción del proyecto, la reforma introducirá un apartado 3 en el artículo 39, del siguiente tenor: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el tribunal constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia”.

La redacción y la ubicación de este apartado sugieren, a mi juicio, los siguientes comentarios:

- a) Como ya se ha señalado, el proyecto parece desvincular este supuesto de los de inconstitucionalidad sin nulidad y nulidad diferida, considerándolo diferente cuando, en realidad, la insuficiencia nor-

mativa es, como se ha indicado, uno de los supuestos en los que se declara la inconstitucionalidad sin nulidad inmediata. Desde esta perspectiva, no se entiende muy bien que esta regulación se lleve al apartado 3 del artículo 39, ya que lo más lógico hubiera sido incorporar esta regulación en el mismo artículo 39.1, a continuación de la mención a la inconstitucionalidad sin nulidad y el plazo de la nulidad diferida (o, en su defecto, inmediatamente a continuación de esa previsión, en un apartado 2 del artículo 39).

- b) Fruto de esta desconexión sistemática con las previsiones del artículo 39.1 es que el plazo máximo que cabe conceder al legislador queda sin concretar. Al respecto, cabe la duda de si es aplicable al supuesto el máximo de tres años establecido en el artículo 39.1, o bien el Tribunal Constitucional carece de límite para fijar ese plazo concedido al legislador. Por razones de coherencia sistemática, y por la misma conveniencia de limitar esta facultad del TC, me inclino por pensar que el límite del artículo 39.1 es aplicable al caso, aun cuando como se ha dicho el máximo sigue resultando excesivo en la mayoría de los casos.
- c) La regulación adolece de excesiva ambigüedad a la hora de fijar las consecuencias en caso de que el legislador incumpla el plazo para aprobar la regulación conforme a la Constitución. En principio, cabría pensar que el efecto de ese incumplimiento sería la aplicación del efecto de la nulidad sobre el precepto o preceptos impugnados, pero si sólo pudiera establecerse esta sanción (que a mi juicio sigue resultando posible si el TC la declara transcurrido el plazo concedido) resultaría innecesario por completo el artículo 39,3 del proyecto, pues en tal caso la hipótesis entraría de lleno en las previsiones del artículo 39.1. Y acaso podría pensarse que, en efecto, la formulación del artículo 39.1 del proyecto permitiría incluir sin problemas la hipótesis de insuficiencia normativa, y la nulidad diferida será normalmente solución adecuada para tal hipótesis. Pero dada la redacción del artículo 39.3, hay que pensar que el TC puede establecer otras consecuencias si transcurre el plazo señalado. De ahí la ambigüedad del precepto, pues no resulta claro en qué medidas de reparación directa de la insuficiencia normativa se está pensando.

Quizá la finalidad de este apartado del proyecto sea dar la opción al tribunal de establecer las medidas propias de una sentencia interpretativa,

o incluso aditiva, si el legislador no ha procedido a la nueva regulación. Ciertamente, en principio podría pensarse en la reparación directa, por el tribunal, de esa insuficiencia normativa, pero dado que la facultad concedida en la ley no parece que pueda interpretarse en contra del papel y la función del tribunal constitucional, y en particular no permite a éste sustituir al legislador, hay que entender que dicha reparación directa de la insuficiencia contará con notorios límites. Pues si la medida adoptada por el tribunal constitucional no está dentro de sus funciones constitucionales, e implica intervención en la función legislativa, no puede legitimarle a adoptarla la previsión del artículo 39.1 LOTC. Y si dicha medida de reparación de la insuficiencia normativa está dentro de las funciones constitucionales del TC, pudo haberse adoptado directamente y desde el primer momento, sin necesidad de conceder un previo plazo al legislador. Es decir, si esa sentencia interpretativa o aditiva era constitucionalmente admisible, pudo dictarse desde el primer momento. Y si no lo era, el artículo 39.3 no alcanza a legitimarla.

IV. CONCLUSIONES

La reforma de la LOTC, en lo que atañe a la tipología y efectos de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, debe valorarse positivamente en líneas generales, pues incorpora nuevos modelos de decisión que permiten matizar los efectos de la inconstitucionalidad. Dichos modelos eran necesarios porque tanto el derecho comparado, como la propia práctica previa del tribunal (producida a veces al margen, y a veces en contra de la LOTC) habían puesto de relieve la necesidad de acudir a esos instrumentos como solución más idónea para hacer frente a ciertas hipótesis de inconstitucionalidad y reparar la misma. En concreto, resultaba imprescindible la ruptura del vínculo, antes indisoluble, entre inconstitucionalidad y nulidad, permitiendo la mera inconstitucionalidad y la nulidad diferida, tal y como apunta el nuevo artículo 39.1

Sin embargo, el proyecto incluye algunas previsiones que resultan, a mi juicio, mejorables. En particular, el plazo máximo que cabe dar al legislador para que apruebe una nueva regulación normativa (tres años) parece un tanto excesivo, aunque el tribunal podría corregirlo por la práctica si habitualmente concede un plazo más breve, que será suficiente, las más de las veces, para proceder a aprobar una nueva norma legal.

Por otro lado, también parece cuestionable la regulación de los efectos de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, tanto desde el punto de vista sistemático (parece configurarse como un supuesto diferente y separado de la inconstitucionalidad sin nulidad y la nulidad diferida, cuando en principio serían estas dos soluciones las más acordes con la insuficiencia normativa), como desde la perspectiva de la necesaria limitación del plazo máximo, y concreción de las medidas posibles de adoptar, transcurrido el mismo, por el TC, y sus efectos.

En fin, cabe en último término señalar que la reforma no contempla otro conjunto de posibles tipos de decisiones que cabría adoptar en la sentencia que resuelve un proceso sobre la constitucionalidad de la ley. Tal sería el caso, por ejemplo, de las sentencias interpretativas con toda su variada tipología de pronunciamientos, de las declaraciones de inaplicabilidad territorial, de la declaración de que la ley “no es todavía inconstitucional”, de la “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada”, etcétera. Al respecto, podría señalarse sintéticamente lo siguiente:

- a) Las sentencias interpretativas son subtipos de la declaración de inconstitucionalidad parcial, y por tanto sentencias parcialmente estimatorias que, cuando son constitucionalmente legítimas o vienen exigidas en atención a las circunstancias del caso, no requieren de una especial cobertura legal;
- b) Las declaraciones de inaplicabilidad territorial (o de supletoriedad en determinado territorio, falta de carácter básico, etcétera) son especialidades muy vinculadas a peculiaridades de nuestro sistema, en el que el recurso de inconstitucionalidad sirve muchas veces al propósito de resolver conflictos de competencias legislativos. Ciertamente, cabría pensar que en tales casos una previsión legal serviría para legitimar este tipo de decisiones, que en otro caso presentan un marcado carácter atípico. Pero técnicamente las mismas son también formas peculiares de inconstitucionalidad parcial, que por lo demás son cada vez menos utilizadas, tanto por la mayor nivelación competencial entre comunidades, como por la nueva jurisprudencia que vino a “desactivar” el principio de supletoriedad desde 1997;
- c) Las sentencias que declaran que la ley “no es todavía inconstitucional” son medidas más ajenas en nuestro sistema, que implican meras declaraciones de constitucionalidad acompañadas de una advertencia sobre un posible cambio de la legitimidad constitucional de la ley en el futuro.

- d) La “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada” es una fórmula igualmente ajena a nuestro sistema, pero que resulta además innecesaria, y mucho más distorsionadora que la inconstitucionalidad sin nulidad.

En suma, debe saludarse positivamente la flexibilización de los pronunciamientos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley llevada a cabo en el proyecto de reforma de LOTC, aun cuando éste muestra todavía algún detalle mejorable y sigue sin contemplar expresamente algunos tipos de decisiones que, sin embargo, no parecen necesitar de esa previsión legal expresa en los casos en concretos en los que su adopción resulte admisible desde la perspectiva constitucional.

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- ASOCIACION DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BLASCO SOTO, M. C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1995.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982.
- , “Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. I.
- CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CAPPELLETTI, M., “Sentenze condizionali della Corte Costituzionale”, *Rivista di Diritto processuale*, t. II, 1957.
- CRISAFULLI, V., “Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1965.

- , “Le sentenze interpretative della Corte Costituzionale”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1967.
- , “Controllo di costituzionalità e interpretazione delle leggi nell’esperienza italiana”, *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, Viena-Francfurt-Zurich, Europa Verlag, 1968.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril de 2001.
- , “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, abril de 2000.
- , *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- ESPÍN TEMPLADO, E., “El modelo español de control de la constitucionalidad de las leyes”, *A l’entorn d’una Constitució*, Conselleria d’Educació, Cultura i Joventut, Govern d’Andorra, 1992.
- *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos- Thomson Aranzadi, 2006.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.
- , *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.
- , *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GAMBINO, S., “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Madrid, Trivium, 1992.
- GUTIÉRREZ ZARZA, M. A., “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1995.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- , “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- , “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- LÓPEZ GUERRA, L., “El Tribunal Constitucional y el principio «stare decisis»”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II.
- MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1992.
- MONTESANO, L., “Sulle sentenze di incostituzionalità «interpretative»”, *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milán, Giuffrè, 1972.
- PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PIBERNAT DOMENECH, X., “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.
- , “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1987.
- PIZZORUSSO, A., “Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, 181.
- PUNSET BLANCO, R., “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- , “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995.
- RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

- RODRÍGUEZ PIÑERO *et al.*, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- ROMBOLI, R., “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*, núm. 48, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.
- , “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982.
- y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- SANTOS VIJANDE, J. M., *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Comares, 1995.
- SILVESTRI, G., “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padua, 1985, vol. I.
- ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988.

LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS
O “MANIPULATIVAS” Y SU UTILIZACIÓN
POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Francisco José EGUIGUREN PRAELI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La interpretación de la Constitución*. III. *Las sentencias de inconstitucionalidad*. IV. *Las sentencias interpretativas o “manipulativas” en la experiencia comparada*. V. *Algunos tipos de sentencias “manipulativas”*. VI. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional peruano*. VII. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad primordial perseguida con el establecimiento de los tribunales constitucionales, ha sido instituir un sistema jurisdiccional, especializado y autónomo, de control de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas, como una forma de asegurar la supremacía de la Constitución y la subordinación a ésta de cualquier actuación o decisión de las autoridades, incluido el órgano legislativo. Por ello, las sentencias sobre inconstitucionalidad que dictan los tribunales constitucionales suelen gozar de autoridad de cosa juzgada, fuerza de ley y efectos vinculantes para todos los poderes públicos y terceros.

Los tribunales constitucionales, en la mayor parte de casos, son pues competentes para analizar, con carácter abstracto, y declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de las normas legales; también pueden

* Coordinador de la maestría en derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; profesor principal del departamento académico de derecho de dicha universidad y coordinador del Área de Derecho Constitucional.

ejercer dicho control con carácter incidental y efectos para el caso concreto, o revisar las decisiones que en este ámbito realizan los órganos judiciales ordinarios. Asimismo, a menudo ejercen control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley o tratados internacionales, y competencia consultiva en materia de la apreciación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas.

Tradicionalmente se ha entendido que las sentencias sobre inconstitucionalidad que dictan estos tribunales deben pronunciarse por la estimación o desestimación de la demanda; es decir, que se limitan a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, con el consiguiente efecto de la resolución en la vigencia o derogación de la misma. Así, se señala que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) cumple un rol de “*legislador negativo*”, pues mientras el Congreso tendría como labor elaborar y aprobar la ley, el TC será el encargado de evaluar y disponer la eliminación de tales normas del sistema jurídico y su consiguiente derogación, en caso de encontrarla una ley inconstitucional.

Sin embargo, y sin abandonar este criterio, desde hace ya algunos años diversos tribunales constitucionales europeos empezaron también a expedir un nuevo tipo de sentencias al evaluar la constitucionalidad de las leyes, que difieren de la mera declaración estimatoria o desestimatoria de la demanda. Se trata de las denominadas *sentencias “interpretativas”* o *“manipulativas”* que, a partir de la interpretación, buscan encontrar formas de adecuación de las normas a la Constitución o de otorgarles un sentido normativo y de aplicación que las haga compatibles con ésta, a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad, que implicaría su derogación. En el caso peruano, más recientemente, nuestro Tribunal Constitucional las viene utilizando en algunas ocasiones. En este trabajo, analizaremos el tema y daremos cuenta de lo dispuesto por el TC en cuanto a la tipología y contenido de este tipo de sentencias.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque la interpretación de las normas es una tarea inherente al derecho, adquiere particular relevancia y características propias en materia de interpretación de la Constitución. Siendo la Constitución la norma política y jurídica suprema del Estado, es común que los principios y preceptos que en ella se recogen tengan un enunciado relativamente general.

Por ello suelen requerir de ulterior desarrollo y complementación, labor que se cumple mediante leyes o con el aporte de la jurisprudencia, que vienen así a precisar o concretizar el contenido de las normas constitucionales.

Sin embargo, el sentido con que aquí utilizamos la expresión interpretación constitucional, no se refiere al mero desarrollo normativo que realiza el legislador o el órgano jurisdiccional para aplicar o complementar una norma constitucional. Estamos aludiendo al proceso de análisis y razonamiento jurídico destinado a esclarecer y determinar el contenido de un precepto o disposición constitucional, así como la compatibilidad con éste de una norma legislativa concreta. La interpretación viene así a “agregar” o “concretizar” un contenido normativo que no fluye explícita o expresamente del texto literal de una disposición constitucional, completando este contenido por la acción del intérprete. Los tradicionales métodos de interpretación jurídica utilizados en el derecho (gramatical, lógico, histórico, teleológico, etcétera) también son de aplicación en la interpretación constitucional; sin embargo éstos no son, por sí solos, suficientes para la adecuada realización de esta tarea.

Conviene advertir sobre un error que se suele cometer cuando se alude a la interpretación jurídica, que puede ser especialmente grave en materia de interpretación de la Constitución. Consiste en considerar que la tarea de interpretación, destinada a esclarecer o determinar el contenido normativo de una disposición constitucional, supone “encontrar” un “único” contenido o sentido oculto del precepto, que el intérprete debe hallar como quién resuelve una adivinanza o descubre la única “*respuesta correcta*”.

En realidad, cuando se plantea un problema de interpretación constitucional, es porque de una disposición o de un precepto constitucional pueden razonablemente desprenderse más de un contenido o sentido normativo, debiendo el intérprete escoger uno de éstos, el que, cumpliendo razonablemente con las pautas de interpretación, considera el más apropiado para resolver el problema planteado respecto a la compatibilidad constitucional de una ley o norma jurídica. Existiendo otros posibles sentidos de interpretación del precepto constitucional, lo que se exige es que el sentido elegido por el intérprete sea razonable y consistentemente fundamentado.

III. LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Siendo que al Tribunal Constitucional compete determinar si la ley objeto de cuestionamiento resulta inconstitucional, la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, principalmente por inspiración alemana, han desarrollado el principio o criterio de *interpretación conforme a la Constitución*. Se trata de una pauta de interpretación impuesta a los tribunales constitucionales y jueces, que puede sintetizarse en los términos siguientes: *Si dentro de los distintos y posibles sentidos de interpretación deducibles de un precepto constitucional existe alguno que (razonablemente) haga compatible con la Constitución la ley cuya constitucionalidad es objeto de evaluación, tal sentido interpretativo debe ser necesariamente el acogido por el tribunal, desestimando la inconstitucionalidad aducida*. Como este sentido de interpretación elegido no es el único posible, e incluso puede ocurrir que no aparezca como “el mejor” o el preferido para el órgano judicial, en la medida que resulte razonablemente deducible del precepto constitucional y haga compatible con éste la norma legal analizada, será el escogido para evitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal evaluada.

La interpretación conforme a la Constitución ha sido recogida por el Código Procesal Constitucional Peruano, cuyo artículo VI dispone en su primer párrafo: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra 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*”.¹

Atendiendo a este criterio, buscar o intentar previamente encontrar una interpretación de la norma conforme a la Constitución se vuelve un mandato para el órgano jurisdiccional, convirtiendo a la declaración de inconstitucional en un último recurso ante la imposibilidad de satisfacer razonablemente un sentido de interpretación que haga compatible la norma objeto de apreciación respecto a la Constitución.

IV. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O “MANIPULATIVAS” EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

En los últimos años, algunos tribunales constitucionales europeos han ido desarrollando, en su labor jurisdiccional, diversas formas de resolver

¹ El énfasis es nuestro.

las situaciones de inconstitucionalidad que les han sido sometidas. Ello ha dado origen al surgimiento de una nueva modalidad o “tipo” de sentencias, con alcances y efectos particulares especiales, que han tratado de responder a la búsqueda de conjugar el control de la constitucionalidad con la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden surgir —en ciertos casos— ante los vacíos legales generados cuando se expulsa una determinada norma del ordenamiento jurídico por encontrarla inconstitucional.

Los ejemplos más ilustrativos que suelen citarse son los de los tribunales constitucionales alemán, austriaco, español e italiano, especialmente este último que ha desarrollado una jurisprudencia muy creativa, que no en pocas oportunidades le ha ocasionado problemas con el Poder Judicial y con el Poder Legislativo debido a su “audacia”. Concretamente en el caso del Tribunal Constitucional Italiano, la doctrina suele hablar de las “*sentencias manipulativas*”, por el alcance de la labor interpretativa que en ellas se ha dado, pudiéndose distinguir dentro de éstas varios subtipos.

La emisión de este tipo de sentencias supone, en la práctica y según opinión mayoritaria, 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.² Esta situación nos lleva a constatar la existencia de grandes similitudes con los países del sistema jurídico del *common law*, donde los jueces se encuentran premunidos de la capacidad de “crear” virtuales normas jurídicas, de alcance general, con eficacia “*erga omnes*” y no sólo *inter-partes*. Incluso hay quienes, ante este tipo de regulaciones del tribunal constitucional, se preguntan en la actualidad hasta qué punto ello supone la adopción del principio “*stare decisis*”.³

Las “*sentencias manipulativas*”, según explica Javier Vecina, apoyándose en Zagrebelsky y Pizzorusso, suponen realizar esfuerzos de interpretación y adaptación de la norma legal acusada de inconstitucional para buscar hacerla compatible con la Constitución, “salvando” así la vigencia de la ley pero también su subordinación y conformidad con el texto constitucional. Sostiene el autor citado que estas sentencias:

² López Guerra, Luis, “El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II, pp. 1437-1455.

³ *Ibidem*, p. 1444.

Tienen como finalidad inmediata restablecer el orden constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley. En ocasiones esta transformación puede llevarse a cabo mediante una reducción del alcance normativo de la disposición legal impugnada, bien declarando la nulidad de una o varias palabras, sin las cuales cambia radicalmente el contenido normativo del enunciado legal, bien eliminando una de las normas que expresamente se derivan de la disposición impugnada. En otras, sin embargo, la adecuación a la Constitución del precepto legal no puede llevarse a cabo a través de una actividad ablatoria, sino antes al contrario mediante una actividad reconstructiva, o lo que es igual, mediante un enriquecimiento del alcance normativo que presenta la disposición recurrida.⁴

A la luz de la experiencia comparada, en especial de la italiana, se puede verificar el gran abanico de posibilidades y matices de la acción interpretativa de los tribunales constitucionales. Así, el tribunal, además de actuar como “*legislador negativo*”, podrá proponer —directa o indirectamente— una determinada interpretación del texto constitucional, lo que viene precedido de la elección que realice de todas las normas implícitas que del texto de la disposición se desprendan, elección que está determinada por aquella interpretación acorde con la Constitución.

Debido a ello, se sostiene que el *Tribunal Constitucional actúa no sólo como interprete de la Constitución sino, adicionalmente, como intérprete de la ley, a través de lo cual termina “dando origen” a normas de carácter general*. Obviamente no faltan quienes cuestionan este accionar, entendiendo que excede a la función institucional primordial del TC, que sería expulsar del sistema jurídico las normas inconstitucionales; implicando —más bien— una suerte de invasión a las competencias propias del legislador, al asumir la “creación” de normas de alcance general.

V. ALGUNOS TIPOS DE SENTENCIAS “MANIPULATIVAS”

Dentro de las denominadas sentencias “manipulativas”, se suele identificar distintos tipos de éstas. Las sentencias “*interpretativas de desestimación*”, son aquellas en las que el Tribunal declara la ilegitimidad de la norma analizada pero desestima la demanda al sustentar una interpreta-

⁴ Vecina Cifuentes, Javier, “Las ‘sentencias aditivas’ del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador”, *Justicia*, núms. III y IV, 1993, p. 482.

ción de la ley que la adecua al texto constitucional. Este tipo de sentencias ha dado lugar a grandes debates en torno a su eficacia jurídica. Así Cappelletti sostuvo que se trata de una suerte de *sentencias “condicionales”*, puesto que la decisión desestimatoria está subordinada a que la interpretación de la norma en cuestión que hagan los jueces o autoridades se realice conforme a los principios constitucionales fijados por el TC, mientras que una interpretación contraria sería condenada y debe quedar excluida.⁵

Pero pese a los efectos vinculantes de tales sentencias, su carácter formalmente desestimatorio de la inconstitucionalidad alegada contra la norma determinaba —a veces— que la interpretación “manipulativa” establecida por el Tribunal se considerara sin mayor eficacia jurídica general, operando únicamente como una suerte de “precedente persuasivo”.⁶ Por ello, no siempre encontraron una feliz recepción entre la judicatura italiana, cuyos jueces —en algunas oportunidades— no se adherían a la interpretación del TC. Esta situación se agravó cuando incluso el Tribunal Supremo de Casación se alejó de dichas interpretaciones, provocando confusión entre los jueces, quienes se encontraron ante la disyuntiva de seguir la interpretación del Tribunal Constitucional o la del Tribunal Supremo de Casación.

Ante el requerimiento de muchos jueces, el Tribunal Constitucional optó por adoptar las correspondientes sentencias de estimación, que en palabras de Pizzorusso representaban “*la otra mitad del pronunciamiento contenido en la sentencia interpretativa desestimatoria*”. Agrega este autor que “*mientras la sentencia interpretativa desestimatoria afirmaba que la cuestión era infundada si se estimaba la interpretación constitucionalmente conforme a la disposición impugnada, con estas decisiones se declaraba que la norma construida mediante la otra interpretación era ilegítima y ello no únicamente en la motivación sino también en la parte dispositiva de la sentencia*”.⁷

En palabras del propio Pizzorusso, resulta más claro referirnos a “sentencias de estimación parcial, aun cuando en este caso para separar la norma a eliminar del ordenamiento de aquella o aquellas que deben con-

⁵ Citado por Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, vol. I, p. 284.

⁶ *Ibidem*, p. 285.

⁷ *Idem*.

tinuar formando parte de él, no es suficiente recurrir a la distinción de los textos normativos en artículos, apartados, proposiciones o palabras, sino que *es preciso servirse de un razonamiento propio del intérprete y por ello, leer el texto como si en el mismo estuviesen escritas palabras o frases que sólo el intérprete sabe ver*, sirviéndose de la interpretación combinada de más textos o bien de la llamada de principios generales o de otras técnicas interpretativas más o menos complejas”.⁸

Cabe también mencionar las sentencias “manipulativas” fundadas en la elección entre dos interpretaciones alternativas de un mismo texto. Nos llamamos, en este caso, ante una norma cuyo texto ofrece dos interpretaciones, de las cuales el tribunal expulsará aquélla con contenido contrario a la norma constitucional. Según explica Favoreu, “*la sentencia separa dos interpretaciones del mismo texto, con el fin de expulsar una de ellas del sistema jurídico, con efecto obligatorio. La diferencia con las técnicas alemana, de la interpretación conforme (a la Constitución) y francesa, de la interpretación neutralizadora, es que aquí la condena de la interpretación excluida figura en la parte dispositiva*”⁹ de la sentencia.

Se habla también de sentencias “sustitutivas”, donde el tribunal, además de declarar la inconstitucionalidad de la ley cuestionada y de las normas no escritas deducibles del texto, se pronuncia indicando la regla que debe de sustituirla a fin de hacer conforme dicho texto a la Constitución. Las críticas que ha formulado la doctrina al respecto, son similares a las surgidas con ocasión a las sentencias “aditivas”, que comentaremos posteriormente.

Por su parte las “sentencias-delegación”, a la par de declarar la inconstitucionalidad de una ley, se pronuncian con relación a los principios que deberá respetar la nueva ley en orden a guardar coherencia con el texto constitucional. La denominación que se les ha dado, se debe a la similitud que guardan con las leyes de delegación que expide el parlamento, las mismas que indican principios y criterios que se deben respetar en la elaboración del texto de la norma cuya creación se encomienda al gobierno. Se suele señalar como ejemplo de estas sentencias, aquella que declaró la inconstitucionalidad de la regulación legislativa del monopolio público de las transmisiones radiofónicas y televisivas, la cual establecía

⁸ *Ibidem*, pp. 286 y 287.

⁹ Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 76.

adicionalmente los principios y criterios que la nueva regulación —que mantuviera dicho monopolio— debía respetar a fin de resultar compatible con el texto constitucional.¹⁰

Mención especial merecen las denominadas “*sentencias aditivas*” o “*acumulativas*”. Son aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una norma cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente. Como señala Javier Vecina, “*la oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador, y aquí radica precisamente el problema que suscita el restablecimiento del orden constitucional perturbado en estos supuestos*”.¹¹ Su utilización ha tenido lugar mayormente en aquellos casos en los que el tribunal tuvo bajo análisis normas que lesionaban el principio de igualdad, al omitir —sin fundamento objetivo que lo justifique— dentro de la regulación de ciertos supuestos normativos, casos idénticos que merecían el mismo tratamiento.

En tal situación, luego de verificar la vulneración al principio en mención así como el contenido normativo menor al que deberían tener de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes, el Tribunal realiza una doble operación a fin de restablecer el principio de igualdad vulnerado. La primera operación “*demolitoria o ablatoria*”, consistirá en derogar la parte del texto legal que excluye a cierto grupo de determinada regulación, sin justificación objetiva y razonable. La segunda operación, de tipo “*reconstructiva*”, permitirá aumentar el inicial contenido normativo de la disposición mediante la introducción de una norma positiva “*sustitutiva*”. De esta forma, se extiende el beneficio al grupo originalmente excluido, restableciéndose el principio de igualdad inicialmente transgredido, sin haber creado un vacío legal que podría acarrear la declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos resultarían mucho más graves que la subsanación.

Entre las condiciones que han ido perfilando tanto la práctica jurisprudencial de los tribunales constitucionales, que han recurrido a este tipo de sentencias, como la doctrina, a fin de limitar su uso a los casos que realmente lo ameriten, podríamos señalar las siguientes:

¹⁰ Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 5, p. 293.

¹¹ Vecina Cifuentes, Javier, *op. cit.*, nota 4, p. 479.

- Cuando el enunciado legal sujeto a control, no debe permitir que se recurra a las denominadas *sentencias “interpretativas”*, dada la imposibilidad de deducir de su contenido distintas interpretaciones, entre las cuales se podría escoger la adecuada. En estos casos, nos hallamos ante una única alternativa, que no resulta ser susceptible de interpretación conforme a la Constitución, principio que exige agotar todas las posibles interpretaciones de la disposición cuestionada de acuerdo con el texto constitucional antes de optar por declarar su inconstitucionalidad.
- Cuando la eliminación de la única interpretación derivada de la norma cuestionada, puede crear un vacío jurídico de mayor dimensión que las situaciones inconstitucionales detectadas, resultando demasiado gravosa su expulsión del ordenamiento. Por ello, cuando la eliminación de la norma inconstitucional del ordenamiento no genere una vulneración a otros principios o valores constitucionales, se deberá optar por su derogación. En esta línea, Javier Vecina sostiene que “*cuando la expulsión de la disposición legal del ordenamiento jurídico no ponga en peligro la consecución de otros principios o valores constitucionales, la actuación del alto tribunal no puede ser otra que la plena anulación de la misma*”.¹²
- Las sentencias aditivas no deberán utilizarse cuando sean varias las posibles alternativas normativas viables, a fin de completar la “*laguna real*” que se deriva de la eventual anulación de la ley. Ello se afirma puesto que con la elección de una de las alternativas, el Tribunal estaría ejercitando discrecionalmente la elección de determinada opción política, lo cual sólo le compete al órgano legislativo. Es precisamente este requisito de “validez” de las sentencias aditivas, que permite contrarrestar las críticas que contra ellas han surgido, con base al argumento que al expedirlas el Tribunal Constitucional, se aparta de su natural función de “*legislador negativo*” para pasar a ejercer una función “*paralegislativa*”.

Como se ha podido apreciar, la utilización de las “sentencias aditivas” logra eliminar una “*exclusión implícita*” que se configura con la omisión en el texto escrito de la norma, que conlleva la misma vulneración que la

¹² *Ibidem*, p. 484.

derivada de una omisión expresa. Si bien es cierto mediante este pronunciamiento se va a insertar en el ordenamiento jurídico la regulación ausente, al convertir “*la norma negativa en positiva*” e inclusiva del grupo inicialmente excluido,¹³ esto encuentra justificación en la obvia identidad entre el grupo excluido y el incluido inicialmente dentro del supuesto de la norma, que hace imposible sostener que el Tribunal ha podido actuar discrecionalmente.

En tal sentido, cuando el uso de las sentencias aditivas no es posible por existir más de una posibilidad de recomponer el orden constitucional vulnerado, los tribunales constitucionales han optado por otras alternativas, siempre dentro de las posibilidades que la legislación de cada país ofrece. Al respecto, Javier Vecina comenta que “*el elemento común a todas ellas radica en su finalidad, que no es otra que la de postergar las consecuencias de la anulación de la disposición inconstitucional, dando tiempo al legislador para adecuar la normativa contraria a la Constitución mediante la elección de una de las múltiples opciones posibles*”.¹⁴

Serían básicamente tres los tipos de sentencias a las que estamos aludiendo: se trata de las sentencias austriacas de anulación con efectos diferidos, las sentencias alemanas de mera inconstitucionalidad y las sentencias italianas desestimatorias con verificación de la inconstitucionalidad.

En el caso del Tribunal Constitucional austriaco, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no conlleva la nulidad de la ley sino su anulación. La sentencia no tiene pues efectos retroactivos, de modo que la norma declarada inconstitucional sigue vigente hasta el momento en que la resolución del tribunal sea publicada, operando sólo desde entonces la anulación “*ex nunc*” o para el futuro. Los actos o situaciones que se produjeron antes de la anulación de la norma inconstitucional siguen firmes, al igual que las relaciones verificadas mientras la sentencia anulatoria no ha sido publicada o empieza a surtir efectos.

Sin embargo, a fin de evitar las consecuencias negativas que, en ciertos supuestos, podrían derivarse de la anulación de la norma jurídica, la Constitución austriaca ha previsto, en los apartados 5 y 7 de su artículo 140, una excepción a la regla general antes mencionada, que ha posibilitado el surgimiento de las denominadas sentencias de anulación con efectos diferidos. Así, el Tribunal se encuentra facultado para establecer

¹³ *Ibidem*, p. 491.

¹⁴ *Ibidem*, p. 486.

un plazo (que no puede superar un año) a partir del cual la ley inconstitucional perderá su vigencia. De esta forma, la ley inconstitucional continúa rigiendo y aplicándose durante el plazo señalado en la sentencia, tiempo durante el cual el legislador no sólo tiene la oportunidad sino que debe reconstruir la situación de inconstitucionalidad producida y rehacer la ley.

Como se puede apreciar, lo que se verifica en este tipo de sentencia es una suerte de “ultractividad” de la norma cuya inconstitucionalidad ha sido constatada por el tribunal, la misma que continuará en vigor por el plazo señalado. Si bien esta posibilidad contemplada por el sistema austriaco puede parecer “novedosa”, al mantener la vigencia de una norma considerada inconstitucional, la medida adquiere respaldo al hallarse prevista en el propio texto constitucional, por lo que no estamos —en rigor— ante una labor de interpretación “creativa” del TC sino, más bien, ante una facultad que la Constitución austriaca le otorga al propio tribunal. A decir de Favoreu, responde al criterio expuesto por Kelsen según el cual, siendo la anulación de una ley una función esencial y formalmente propia del órgano legislativo, al Tribunal Constitucional compete actuar como un “legislador negativo”.¹⁵

En el caso del sistema alemán, la Constitución permite declarar nula la ley inconstitucional, lo que otorga efectos retroactivos a la sentencia del TC. Dado que esta situación podría generar muchos problemas y riesgos, por la gran cantidad de situaciones o relaciones suscitadas mientras la norma estaba vigente (con mayor razón si la ley es relativamente antigua) el TC alemán ha buscado encontrar caminos menos “traumáticos” para la solución de la inconstitucionalidad detectada. Cabe mencionar que la ley sobre el TC establece (en su artículo 79) una forma concreta de restringir los efectos retroactivos de la sentencia, disponiendo que, salvo en materia penal (que puede dar lugar a la reapertura del procedimiento), la declaración de una norma inconstitucional como nula no permite alterar los fallos que ya no pueden ser impugnados.

Como ya adelantamos, una técnica, actualmente ya muy conocida, desarrollada por el TC alemán, es la llamada “*interpretación conforme a la Constitución*”. Permite “salvar” una posible inconstitucionalidad de la ley y mantener su vigencia, a condición que el Tribunal encuentre un sentido de interpretación de la misma que la haga compatible con el texto

¹⁵ Cfr. Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 9, pp. 55 y 56.

constitucional, sentido que se volverá obligatorio. Empero, el Tribunal Constitucional Federal tiene la posibilidad de dictar las denominadas *sentencias de “mera inconstitucionalidad” o de “inconstitucionalidad simple”*, que contienen en su parte dispositiva una declaración de incompatibilidad de la ley con la Constitución, sin que a ella se una otra de nulidad de la norma cuestionada. Es decir que la norma declarada inconstitucional no es expulsada del sistema; sin embargo, en virtud de la fuerza de ley propia de los pronunciamientos del TC alemán, que los dota de fuerza constitutiva *erga omnes*, la ley cuya inconstitucionalidad ha sido declarada no podrá seguir siendo aplicada.

Asimismo, se incluye dentro de la sentencia una suerte de “*exhortación al Poder Legislativo*”, a fin de que sustituya la disposición inconstitucional dentro de determinado plazo. Adicionalmente, gracias a la fuerza constitutiva *erga omnes* mencionada líneas arriba, durante el periodo comprendido entre la publicación de la sentencia y la expedición de la nueva ley, rige lo que la doctrina denomina “*bloqueo de aplicación*”, el mismo que consiste en que la norma no será aplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de su constitucionalidad, como podrían ser los casos de queja constitucional contra una sentencia o el control concreto de normas. En tal virtud, los procesos se suspenderán hasta la entrada en vigencia de la nueva regulación.

En todos los demás casos, la norma continuará siendo aplicada, siempre que su naturaleza así lo exija, por razones de certeza del derecho y cuando lo contrario conlleve una situación de mayor vulneración constitucional. Se pretende pues evitar las consecuencias que podrían derivar del vacío jurídico que se produciría con la declaración de nulidad. En todo caso, habrá que atender a los motivos que han conducido al Tribunal a no declarar la nulidad de la norma, a fin de delimitar los alcances de su pronunciamiento.

Señala Vecina que

Ante la arbitraria exclusión legal de una ventaja para determinadas categorías, el Tribunal de Karlsruhe ha venido entendiendo que la eliminación de la inconstitucionalidad es siempre competencia del legislador y, consecuentemente, que a él sólo corresponde pronunciar la incompatibilidad sin declarar la nulidad absoluta de la ley. Sólo de una manera excepcional ha considerado que le esta permitido mejorar directamente en el fallo de su sentencia al grupo de personas no considerados por la disposición impug-

nada, cuando el Tribunal pueda con certeza suponer que el legislador, en el caso de haber sido consciente de la situación jurídico-constitucional, habría realizado por sí mismo esta ampliación del círculo de beneficiarios.¹⁶

Cabe mencionar que son estos supuestos, precisamente, los que dieron origen a la expedición de las denominadas “*sentencias aditivas*” de la Corte Constitucional italiana.

Finalmente, las *sentencias “desestimatorias con verificación de inconstitucionalidad” italianas*, son aquellas en las que la ley en cuestión se opone al texto constitucional, sin ser posible el uso de las sentencias del tipo “aditivo”, al existir diversas opciones para restablecer su constitucionalidad. La declaración de su nulidad tampoco resulta conveniente, por la situación de vacío jurídico que se produciría a consecuencia de ello. En dicho contexto, la Corte Constitucional italiana ha optado por reconocer en la motivación de la sentencia la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sin declarar su nulidad en el fallo. Debido a ello, la ley cuestionada continúa en vigor.

Dentro de la fundamentación de la sentencia, la Corte Constitucional se pronuncia acerca de la necesidad de adecuar la ley a la Constitución, exhortando al legislador para que lo haga; simultáneamente, advierte y deja señalado al legislador que en la próxima oportunidad que se le presente dispondrá la nulidad de la ley, si el legislador no ha hecho caso de la “recomendación” de la Corte acerca del cambio que debe introducirse en la norma. Las críticas en contra surgidas en torno a este tipo de pronunciamientos sostienen que éstos encierran una contradicción y falta de coherencia entre el fallo, que es desestimatorio, y la motivación, que se encuentra dirigida a demostrar su inconstitucionalidad.

VI. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Quizás el primer caso donde el Tribunal Constitucional peruano fundamenta la utilización de una sentencia de tipo interpretativo y la emplea de manera sustantiva, tuvo lugar en el expediente núm. 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, referido al análisis de diversas normas de la legislación antiterrorista. En esta sentencia, el TC

¹⁶ Vecina, Javier, *op. cit.*, nota 4, pp. 488 y 489.

empieza expresando el fundamento de la utilización de este tipo de sentencia en el caso y el significado de la misma, señalando:

26. Teniendo en cuenta la trascendencia de la presente acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, es necesario que el Tribunal Constitucional proceda a efectuar una explicación del tipo de sentencia que hoy dicta, con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecondo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional...

Aún cuando en “cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes” de sentencias,¹⁷ tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias “estimatorias” o “desestimatorias”; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias.

29. Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.

Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.

Tras esta explicación del significado de las sentencias interpretativas, el TC procede a diferenciar las denominadas sentencias aditivas, sustitutivas y exhortativas, precisando lo siguiente:

¹⁷ Aja, E. y González, M., “Conclusiones generales”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 275.

30. Por el contrario, mediante las sentencias denominadas *aditivas*, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que...”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.

31. A diferencia de estas, las *sentencias sustitutivas* se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. Tales decisiones —las aditivas y las sustitutivas—, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico “escribiendo” y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo.

32. Finalmente, también existen las sentencias *exhortativas*, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional sólo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).

33. En cualquiera de los casos, detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados.

El TC procede también a justificar el razonamiento que sirve de sustento al dictado de sentencias interpretativas, para lo cual hace una *distinción entre la disposición o precepto constitucional y la norma, que sería el contenido o sentido que se desprende de la misma*, permitiendo la interpreta-

ción de la disposición más de un sentido normativo, que será determinado y escogido por el intérprete. Así señala: “34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias.¹⁸ En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

35. Siendo objeto del examen de constitucionalidad el texto y su sentido normativo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado constitucional de derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.

Posteriormente, otra sentencia del TC desarrolló y precisó con mayor detalle estos conceptos. Fue con ocasión del expediente núm. 004-2004-CC/TC, proceso competencial promovido por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, alegando la violación de su autonomía en materia presupuestal con motivo de la presentación por el gobierno del proyecto de ley anual de presupuesto para el año 2005. En esta sentencia, el TC retoma el tema de la clasificación de la tipología y efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, estableciendo lo siguiente:

¹⁸ Guastini, Riccardo, “Disposizione vs. norma”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pp. 3 y ss.

1. Sobre este tema, la doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas. Veámoslas brevemente:

Respecto a la primera clasificación se tiene:

a) *Las sentencias de especie* se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

b) *Las sentencias de principio* son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en los expedientes núm. 0008-2003-AI/TC y núm. 018-2003-AI/TC, que llamaremos “*instructivas*”, y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Con relación a la segunda clasificación, debemos expresar lo siguiente:

A. Las sentencias estimativas

2. *Las sentencias estimativas* son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

2. 1. Las 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. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etcétera); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley

o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece 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. 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.

3.3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

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.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

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.

Seguidamente el TC expone la justificación y finalidad de estas sentencias manipulativo-interpretativas, en base a los *principios de conservación de la ley y de interpretación desde la Constitución*, señalando:

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos princi-

pios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

— El *principio de conservación de la ley*. Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado. Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

— El *principio de interpretación desde la Constitución*. Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “huecos normativos” emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

Finalmente, el TC ofrece una tipología de las sentencias interpretativas o manipulativas de inconstitucionalidad, según sean reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas o estipulativas; caracterizando cada una de ellas en los siguientes términos:

3.3.1 Las sentencias *reductoras*: Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etcétera) del texto cuestionado es contraria a la

Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

3.3.2. Las sentencias *aditivas*: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo 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.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

3.3.3. Las sentencias *sustitutivas*: 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.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

3.3.4. Las sentencias *exhortativas*: Son aquellas en donde 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.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera ipso facto que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.

— Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.

— Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, estrictu sensu, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Al respecto, deben mencionarse las sentencias emitidas en los Expedientes Acumulados núm. 001/003-2003-AI/TC, en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7o. de la Ley núm. 27755; o la sentencia del Expediente núm. 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102, inciso 7o. de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de Tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura.

3.3.5. Las sentencias *estipulativas*: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

VII. REFLEXIONES FINALES

Como podemos apreciar, mediante las distintas modalidades de sentencias “interpretativas” o “manipulativas” de inconstitucionalidad *el Tribunal “crea” o agrega un contenido normativo y un sentido de interpretación que no aparecen propiamente del texto de la disposición constitucional, sino que es establecido por este órgano jurisdiccional para*

que dicha disposición legal sea compatible con la Constitución y pueda mantener vigencia. Por esta vía, el Tribunal Constitucional deja de ser un mero “legislador negativo”, actuando como una suerte de “creador” de nuevas normas legales.

Es evidente que este razonamiento y comportamiento del Tribunal Constitucional motiva importantes e interesantes desarrollos en materia de interpretación constitucional, a la par que busca evitar los riesgos o perjuicios (a veces mayores) de tipo político, jurídico o social que, en algunos casos, la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma y su derogación podrían generar, en especial por los vacíos normativos o conflictos que podrían suscitarse.

No obstante, mientras que algunas veces esta labor creativa de la interpretación constitucional plasmada en la sentencia puede resultar positiva y progresista, al adaptar una norma a las nuevas circunstancias sociales o darle un sentido compatible con la Constitución, del que podría carecer en principio; no cabe excluir el riesgo de que, en otras ocasiones, conlleve una actitud “conservadora”, que propicie la permanencia de normas inconstitucionales. En este último caso, si la interpretación asumida por el tribunal, que hace compatible la norma con la Constitución, no conlleva un mandato suficientemente claro u obligatorio para los jueces ordinarios, los legisladores y las autoridades, se podría producir la continuidad y aplicación de una norma a pesar de su carácter inconstitucional, poniendo en entredicho la eficacia y el propio compromiso del Tribunal Constitucional con la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad de las normas.

Ciertamente la evaluación del sentido e impacto concreto de estas sentencias “manipulativas” deberá apreciarse caso por caso. Lo cual no obsta para reconocer la importancia de su aporte y la riqueza de su estudio, a la par del rol positivo y moderador del ordenamiento político y jurídico que, en muchas ocasiones, puede alcanzarse a través de su empleo por parte de los tribunales constitucionales.

De allí que discrepemos de quienes pretenden, como recientemente sucediera con un proyecto de ley en el Congreso peruano, limitar o “atar” al Tribunal Constitucional al rol de mero emisor de sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad, negando su competencia para dictar sentencias interpretativas o “manipulativas”, por entender que ello trasgredió su rol de “legislador negativo” y usurpa atribuciones que sólo corresponden al Congreso, como titular de la potestad legislativa.

Estas propuestas parecen no comprender que incluso la tesis del “legislador negativo”, supone un rol complementario y no contrapuesto del Tribunal Constitucional respecto a la labor legislativa parlamentaria, pues su misión es preservar la supremacía de la Constitución respecto a las leyes, eliminando o armonizando éstas para que resulten conformes a la Constitución. El recurso a las sentencias interpretativas o manipulativas, no supone que el Tribunal Constitucional asuma una posición contraria al legislador o una invasión de sus funciones, sino que busca, más bien, “salvar” la constitucionalidad de la ley y evitar declararla inconstitucional, lo que acarrearía su derogación. Busca darle un sentido normativo que corrija sus vicios de inconstitucionalidad, sin necesidad de eliminarla ni de que sea necesario el dictado de una nueva norma por parte del Congreso. Con ello, la declaratoria de inconstitucionalidad adquiere un ratio de “última medida”, sólo cuando no sea posible encontrar un sentido normativo razonable de la ley que la haga compatible con la Constitución. Y así se evita el vacío jurídico o los efectos políticos y sociales “traumáticos”, que a veces puede producir la derogación de una ley declarada inconstitucional.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

Gerardo ETO CRUZ*

*Al insigne maestro Héctor Fix-Zamudio,
pontífice del derecho procesal constitu-
cional*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Exordio conceptual: el ocaso del procesalismo clásico y la actual tutela de urgencia.* III. *La elaboración del Código Procesal Constitucional.* IV. *El texto definitivo del Código Procesal Constitucional.* V. *¿Cuándo empieza a hablarse de la existencia de la actuación de sentencia impugnada?* VI. *La posición de Domingo García Belaunde: la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.* VII. *Los planteamientos de la doctrina constitucional peruana: pros, contras y silencios en torno a la actuación de sentencia impugnada.* VIII. *Una ojeada panorámica a la legislación comparada.* IX. *¿Qué es lo que ocurrió en la Comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional?* X. *Entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley.* XI. *Las disposiciones y normas vinculadas a la actuación de sentencia impugnada: las orillas contrapuestas.* XII. *¿Ante qué tipo de actuación de sentencia nos encontramos?*

I. INTRODUCCIÓN

No es de extrañar que cuando entra en vigor una norma, y con mayor razón si se trata de un complejo cuerpo normativo como el Código Proce-

* Profesor de Derecho constitucional general y teoría del Estado, Teoría general de los derechos humanos y Derecho procesal constitucional en la Universidad Nacional de Trujillo y la Academia de la Magistratura.

sal Constitucional (en adelante CPC), existan entre sus disposiciones y normas¹ o las reglas² que ella contiene, un conjunto de temas e institutos que parecieran estar *encriptados* y que luego, con las contribuciones de la doctrina y la jurisprudencia, se deben ir develando y aclarando; aunque se corra el riesgo de que una equivocada y acaso precipitada interpretación del *arcano* de la norma pueda, a la postre, convertir al exégeta en *heresiarca* sobre el sentido y el espíritu de lo que interpreta.

A la fecha, pese a que el CPC ha cumplido un *bienio*, dentro de la abigarrada producción de sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC), incluyendo todas las que han sido declaradas como precedente vinculante y, por tanto, con efectos normativos,³ no se detecta absolutamente ninguna línea jurisprudencial en torno al instituto de la actuación de la sentencia impugnada que ahora nos ocupa, en el entendido si se encuentra regulada o no en los procesos de amparo.

Por lo pronto, el grueso de autores da por cierto que, efectivamente, el CPC habría cubierto este instituto que, para la legislación procesal comparada en general no es una novedad, pero para el sistema procesal peruano sí, y en especial para nuestra jurisdicción constitucional; puesto que en otros países los procesos constitucionales cuentan con esta modalidad de tutela de urgencia, conforme veremos luego.

Probablemente los diversos autores, tomaron como referencia la edición por decirlo así, *cuasi oficial* del CPC elaborado por sus *autores reales*, esto es, el grupo que tuvo la *iniciativa académica* de elaborar el Anteproyecto. Allí, conforme veremos luego, oficialmente se afirmaba que el CPC comprendía a la institución procesal de la actuación de sentencia impugnada. Mas luego, a través de una entrevista que le formulara José Palomino Manchego a Domingo García Belaunde, quien en los hechos ejerció una labor de dirección o de presidente de dicha Comisión, manifestó que el tema no había quedado claro; y que, en su opinión no se encuentra regulado. La posición de Domingo García Belaunde, y probablemente con él de *casi* todos los miembros de la Comisión es que este instituto procesal no está normado. Empero, por ahora, consideramos que

¹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

³ Véase Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro (coords.), *El precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.

nos encontramos ante un *campo de Agramante*. Y, lo más seguro es que el TC sea quien diga la *última palabra*. No olvidemos que, por lo menos oficialmente, el CPC proscribe el amparo contra el amparo; y ello está más que claro en el artículo 5o., inciso 6; sin embargo, el TC ha inflexionado esta fórmula normativa y ha sostenido lo contrario. Lo mismo puede suceder con el instituto que ahora comentamos y quizás, más temprano que nunca tengamos una posición del TC en torno a este tema, en donde aclare los presuntos enigmas que se ciernen sobre esta figura. Salvo, claro está, que por vía de una reforma se aclare esta redacción un tanto anfibológica con que se encuentra actualmente diseñada, pues el ideal es que antes que el TC se pronuncie sobre esta situación, bien podría el legislador aclarar el tema, optando en todo caso por la no regulación de este instituto procesal; hasta verificarse una futura incorporación o no y no dejar al arbitrio discrecional del juez (sistema *ope iudicis*).

En consecuencia, interesa aquí, en estas líneas, acercarnos a ver qué es lo que está ocurriendo con este tema; si en realidad se encuentra regulado o no; en todo caso, ver cómo es que se han presentando los hechos y luego expresar algunas conclusiones tentativas en torno a los pros y los contras que este instituto entraña. Es decir, se trata de ver si el instituto de la actuación de la sentencia impugnada se ubica dentro del sistema del *ope legis*; lo cual supondría que la actuación de sentencia impugnada sí es procedente en tanto se encuentre regulado en sede normativa; o del *ope iudicis*, donde el instituto normativamente no existiría, pero bien puede el juez decidir su procedencia; o finalmente, un *tercer sistema*, que bien puede ser identificado como *híbrido o mixto*, donde aparte de que sí está previsto en el Código se le otorga al Juez como una facultad discrecional motorizar su utilización, ponderando bajo ciertas pautas razonables,⁴ su procedencia o no. Éstas y otras interrogantes más justifican las líneas que vienen a continuación.

II. EXORDIO CONCEPTUAL: EL OCASO DEL PROCESALISMO CLÁSICO Y LA ACTUAL TUTELA DE URGENCIA

En los últimos tiempos se han planteado dos grandes alternativas para hacer frente a la profunda crisis en que se debate la impartición de justi-

⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

cia en diversas partes del orbe.⁵ Así, una de ellas es precisamente *huir de la jurisdicción* y que los propios interesados utilicen una *justicia conciliativa*, ya que la rémora de la lentitud, los mil vericuetos para acceder a una incierta tutela; sumado a una impronta autoritaria y no exenta de conductas de corrupción de quienes asumen la jurisdicción representando al Estado, en rigor no solucionan los conflictos, generando más bien una mayor desilusión; de allí que, más que acercarse a ella —la jurisdicción— hay que huir en bandada y utilizar una justicia alternativa. A esta opción, el arsenal teórico lo identifica como las vías de *conciliación*, *mediación* o *arbitraje* y del cual existe una ubérrima bibliografía al respecto.

La otra alternativa frente a la crisis de la justicia es, en primer lugar, llamar a la calma a los que quieren correr espantados de la jurisdicción y persuadir a que debemos seguir en ella,⁶ tener fe; pero para esto, como un paciente enfermo, es necesario introducir en la jurisdicción remedios que mejoren los achaques y males que afronta. Así, este sector alarma de que es necesario impulsar tutelas distintas a la ordinaria⁷ puesto que uno de los reales y dramáticos males es la solución tardía de las decisiones jurisdiccionales. Y no sin razón los teóricos sostienen que uno de los campos menos transitados en la teoría general del proceso es el referido a la actividad de ejecución. Este sector impulsa complejas categorías como son las denominadas tutelas de urgencia, ya sean sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o tutelas anticipatorias que permitan, con tales remedios impulsar nuevos horizontes de solución a los conflictos que los ciudadanos tienen. Así, los ciudadanos hoy recurren a los organismos jurisdiccionales para obtener una *tutela de urgencia* y hacer frente a la vorágine de los tiempos más dinámicos y complejos, pues ya no sólo se trata de la defensa de los clásicos y ortodoxos *derechos subjetivos privados*; sino de una compleja, variada y heterodoxa gama de *derechos públi-*

⁵ Un primer avance dentro del largo camino de nuestra era republicana es el plan elaborado por la Comisión especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS. *Plan nacional de reforma integral para la administración de justicia*, Lima, 23 de abril de 2004, p. 647. El plan nacional completo elaborado por CERIAJUS puede verse en www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf.

⁶ Véase con todo las reflexiones de Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 4a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

⁷ Bordalí Salamanca, Andrés, "Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 2, diciembre de 2001, pp. 51-66, específicamente p. 52.

cos subjetivos; que no son más que los derechos fundamentales en su versión individual, social, colectiva o difusa,⁸ que exige pronunciamientos jurisdiccionales más rápidos y eficaces.

Uno de los frutos maduros del procesalismo moderno es la revolución que se ha introducido en torno a la necesidad de que los justiciables cuenten con una idónea y oportuna *tutela jurisdiccional de urgencia* que asegure en términos reales la *ejecución* de una sentencia, no sólo definitiva; sino que se anticipe a los efectos de la misma. La doctrina ha sido frontal y sin medias tintas ha empezado a desarrollar los procesos urgentes lo que, a su vez, comprende la tutela jurisdiccional diferenciada en la expresión acuñada por Proto Pisani.

En este contexto, llama más bien a asombro que la problemática de los procesos de urgencia, en parte, ya ha sido preocupación y reflexión no menos fecunda de los clásicos del procesalismo científico empezando por Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti, entre otros. Sin embargo, en los últimos lustros, se viene operando una frontal liquidación a la ideología demoliberal clásica que subyace en el procesalismo ortodoxo de la justicia civil⁹ y ha empezado una literatura emergente a desarrollar una concepción mucho más pragmática en torno a la tutela de urgencia acorde a los actuales tiempos versátiles.¹⁰ Es así como se ha desarrollado dentro de la *tutela anticipatoria*, como categoría de la tutela diferenciada, la llamada actuación de sentencia impugnada y que recibe distintos *nomen iuris*.

⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

⁹ Monroy Palacios, Juan José y Monroy Gálvez, Juan, “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, en Carbone, Carlos A. (coord.), *Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 165-208.

¹⁰ Así por ejemplo pueden apreciarse puntuales temas tales como Gozaini, Osvaldo Alfredo, “La ejecución provisional en el proceso civil”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. III, Estudio Belaunde y Monroy, pp. 81-97. Santos, Mabel de los, “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. IV, Lima, Estudio Monroy, pp. 73-86. De la misma autora, “Resoluciones, anticipatorios y medidas autosatisfactivas”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, t. III, Lima, Estudio Belaunde y Monroy, pp. 69-78. Marinoni, Luis Guilherme, “Tutela anticipatoria”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. IV, Estudio Monroy, pp. 135-142. Pérez Ragone, Álvaro J. D., “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. IV, Estudio Monroy, pp. 199-220.

Por lo general, la aparición de términos o categorías conceptuales en el lenguaje procesal no es fruto de la simple heurística de sus autores; responden más bien a esas innovaciones lingüísticas que las contingencias y el devenir histórico van imponiendo a la comunidad de académicos, y aunque el instituto de la actuación de la sentencia impugnada aparentemente se ubica dentro de la llamada *tutela diferenciada* o procesos alternativos —sinuosos caminos polémicos, que por ahora no es el caso desarrollar— es identificado con distintos *nomen iuris*. La expresión más usual era la utilizada por Chiovenda, “*ejecución provisional de la sentencia*”; otras como “*ejecución provisional en el proceso civil*” (Gozáini, Caballol Angelats); en el mundo lusitano: “*execução provisória da sentença civil*”; en nuestro medio, Monroy Gálvez prefiere utilizar la expresión “*actuación de sentencia impugnada*”.¹¹ Más allá de los calificativos o los distintos *nomen iuris* con que se le conoce a esta institución procesal, interesa dar respuesta a la interrogante que encabeza esta monografía en homenaje al gran maestro Héctor Fix-Zamudio; para ello nos vamos a permitir desarrollar algunos aspectos preliminares que rodean esta problemática que se ha presentado en nuestro ordenamiento constitucional peruano.

III. LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Conforme ya lo hemos expresado en otra oportunidad, el *iter legislativo* del CPC peruano se gestó en dos etapas; una, que bien puede calificarse como la etapa de *iniciativa académica*; y la segunda, de *iniciativa legislativa multipartidaria*.¹²

¹¹ Juan Monroy Gálvez utiliza esta última expresión señalando que “si bien existe unanimidad en mantener lo sustancial del nombre puesto al instituto por Chiovenda no nos parece correspondiente con su finalidad denominarlo *ejecución provisoria o ejecución provisional*. Fundamentalmente la objeción radica... en el hecho de que la actuación de la sentencia ocurre exactamente como si se tratara de una resolución firme, *ergo*, la ejecución carece, entonces, de provisionalidad”. “La actuación de la sentencia impugnada”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, t. V, p. 207.

¹² Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F., “En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su *iter legislativo* y sus principios procesales”, en Palomino Manchego, José F. (coord.), *Derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, 2005, t. I, pp. 233-308; específicamente 288-291.

El CPC peruano fue ciertamente fruto de una Comisión en la que se autoconvocaron un grupo de académicos de la talla de Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, a la que luego se integraron Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Los mismos autores reconocen que esta iniciativa surge en 1994, pero que se instaló en 1995.

El primer documento oficial de esta comisión de académicos data del mes de octubre del 2000, en donde dan a luz pública el llamado “*Anteproyecto del Código Procesal Constitucional*”, allí en la presentación sus autores expresaban que:

...este es fruto de un trabajo arduo, desinteresado y paciente. El objetivo que nos ha animado a presentarlo a la comunidad jurídica peruana es propiciar un esfuerzo colectivo para mejorarlo y así, dentro de poco, permitir que el país modernice sus actuales procesos constitucionales, unificando una normativa que hoy se encuentra dispersa.¹³

Y, en lo que respecta al tema de ejecución de sentencia impugnada, originalmente el Anteproyecto expresaba un amplísimo precepto, signado siempre en el artículo 22, cuyo tenor en su parte pertinente es como sigue:

Artículo 22. Actuación de sentencias. La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas, disponer la destitución del responsable, o, incluso, su prisión efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables. Cualquiera de estas medidas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas pueden ser modificadas durante la fase de ejecución.¹⁴

¹³ Varios autores, *Código Procesal Constitucional, anteproyecto y legislación vigente*, Lima, Palestra Editores, 2003, p. 5.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

La *Exposición de Motivos* en torno al citado artículo 22, establecía en un importante párrafo lo siguiente:

Uno de los temas más acuciantes del proceso moderno, está dado por la tendencia a lograr que las decisiones judiciales se cumplan en sus propios términos; esto es, contrariando tradiciones seculares, no se permita que la actuación de una sentencia se substituya por su valor patrimonial, cuyo pago viene a ser una suerte de equivalente monetario de la decisión ordenada. Si esto es injusto en el derecho privado, es de entender lo pernicioso que puede significar que el agravio a los derechos constitucionales se resuelva con criterios de resarcimiento metálico. A tal efecto, y a tono con las tendencias actuales, se ha incorporado a la ejecución de sentencias, instrumentos procesales que permitan una exigencia de cumplimiento del decisorio en sus propios términos. En este ámbito, el uso de medidas coercitivas y otros institutos similares —vigentes en sistemas en donde la Constitución y la actuación de las sentencias constituye un valor trascendente en la sociedad— son medios óptimos de conseguir el fin deseado.¹⁵

Un primer análisis tanto de la norma como de la exposición de motivos, arroja cuando menos lo siguiente: El original artículo 22 del anteproyecto quedó reformado. Así, los propios autores del Código, esto es la Comisión, reconocen que “hay dos cambios sustanciales que sufrió el anteproyecto en el Congreso de la República, fueron los artículos 15 y 22, que regulan las medidas cautelares y las medidas coercitivas”.¹⁶

Y luego se precisa con mayor amplitud que:

De otro lado, la versión final del artículo 22 elimina la medida coercitiva de prisión incorporada por el Anteproyecto, cuando se trata del incumplimiento de resoluciones dictadas en los procesos de hábeas corpus, *hábeas data*, amparo y cumplimiento. Esta eliminación fue propuesta por la Comisión de Justicia y con ello se excluye una medida eficaz para garantizar el respeto de las decisiones judiciales.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷ *Idem*.

IV. EL TEXTO DEFINITIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Luego de la aprobación legislativa del CPC, el artículo 22 del citado Anteproyecto, quedó, como versión definitiva, la que actualmente conocemos, en los siguientes términos:

Artículo 22. *Actuación de sentencias.*

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas, disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el juez, fijándolos en unidades de referencia procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda que el Juez estime pertinente. El juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.¹⁸

Hasta aquí, los hechos relacionados a la evolución del CPC y el tema relacionado al instituto de la actuación de sentencia impugnada. Sin embargo, de la lectura del original Anteproyecto, así como de la propia exposición de motivos del mismo, por lo pronto no se observa expresamente que en dicha normatividad, se aluda a la actuación de sentencia

¹⁸ *Ibidem*, pp. 332 y 333.

impugnada. Es decir, si nos adentramos al proceso de elaboración del anteproyecto, no se aprecia ni en el primer proyecto (que estuvo terminado en julio del 1996), ni en la segunda versión de enero de 1997, absolutamente nada sobre el referido instituto; la tercera versión que saliera publicada en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*¹⁹ tampoco hace referencia alguna. Los autores reconocen que hubo una cuarta versión (que consistió en “*pequeñas modificaciones en diversas sesiones de trabajo*”).²⁰ Incluso esta versión definitiva recién fue publicada en el Perú bajo el sugerente título: *Código Procesal Constitucional, Anteproyecto y Legislación vigente*, así como también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.²¹ Y en ningún momento, ni oficial ni extraoficialmente por parte de esta Comisión de académicos se deslizó la tesis relacionada a que allí se comprendía la actuación de sentencia impugnada.

V. ¿CUÁNDO EMPIEZA A HABLARSE DE LA EXISTENCIA DE LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA?

Con la sanción del CPC, como Ley 28237 de fecha 31 de marzo de 2004, editorial Palestra que, con anterioridad había publicado el anteproyecto, edita tres meses después de la promulgación y publicación del código una versión donde se reúnen diversos materiales, que de por sí constituye un documento valiosísimo, dado que se publica por vez primera un *estudio introductorio* y consta allí, que lo suscriben todos sus autores. Esta edición no podía pasar desapercibida (como que se agotó pronto), dado que, aparte de dicho *estudio preliminar* y que, constituye en rigor los comentarios de sus propios autores, se incluye oficialmente la propia exposición de motivos, así como los dictámenes tanto de la Comisión de Constitución y Reglamento, como de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso.

Adviértase de plano que el dictamen de la Comisión de Constitución, no alude textualmente y en dichos términos a la existencia de la figura delineada como actuación de sentencia impugnada, tan sólo se aprecia que recono-

¹⁹ *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 3, 2002.

²⁰ Varios autores, *op. cit.*, nota 13, p. 13.

²¹ *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 251-282.

ce como novedad de la propuesta la “*Actuación de sentencias*: Incorpora a la ejecución de sentencias, instrumentos procesales que permiten una exigencia de cumplimiento del decisorio en los propios términos”.²²

En estricto, se empieza a hablar de la existencia del instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada, cuando aparece en el texto de los propios comentarios que formularan los autores reales del Código. En efecto, en la publicación del citado libro, textualmente se aprecia que sus propios autores afirmaban tajantemente lo siguiente:

Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de la sentencia impugnada”, según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que haya sido apelada. Debemos precisar que esta institución está incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay.²³

VI. LA POSICIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE:

LA NO EXISTENCIA DE LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA

A raíz del libro homenaje a Domingo García Belaunde, gestado y coordinado por José Palomino Manchego, en el segundo volumen, el citado profesor Palomino Manchego, le formula una entrevista al eximio constitucionalista y gran gestor del Código; y allí existe una interrogante que, a la postre, podría ser —si no es ya— devastadora, en torno a esta situación.

Así, José Palomino Manchego le formula la pregunta en los siguientes términos: “Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el derecho comparado?”.

A lo que el profesor Domingo García Belaunde responde:

Esto en realidad no se ha incorporado...se discutió mucho (en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de la Comisión, y preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en

²² Varios autores, *op. cit.*, nota 16, p. 234.

²³ *Ibidem*, p. 48.

los grandes temas, no necesariamente en los detalles. Lo que pasa es que en el estudio preliminar al código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada. En la segunda edición en prensa la hemos eliminado. Repito que es un punto de vista respetable, pero no contó con el consenso de todos nosotros, y por tanto no está incorporada en la norma, y tampoco pensó en ella el legislador al discutirla y aprobarla en el Pleno.²⁴

Esta respuesta, a nuestro criterio es *demoledora*, y no sólo por provenir de uno de los integrantes de la Comisión elaboradora del Código, sino por ser García Belaunde, quien en los hechos presidió, dirigió y culminó el Anteproyecto y sabe el contexto y los entretelones de lo que se discutió en torno al actual CPC.

VII. LOS PLANTEAMIENTOS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL PERUANA: PROS, CONTRAS Y SILENCIOS EN TORNO A LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA

Interesa verificar si la doctrina, en primer lugar, estima que sí existe el instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada, o si por el contrario, niegan o rechazan su existencia. En consecuencia, más allá de lo que puede ser la *voluntad del legislador* o la *voluntad de la ley*, que lo veremos en otro apartado, interesa auscultar cuál ha sido y es el comportamiento de la doctrina peruana en torno a este instituto procesal que tiene sus bemoles positivos y negativos.

De nuestra parte hemos sintetizado la postura académica peruana en tres posiciones; una a favor, otra en contra, y otra que finalmente no se ha pronunciado ni a favor ni en contra, guardando discretamente silencio en torno a ella.

1. *Posición a favor*

Esta tesis no solamente reconoce la existencia de esta técnica de aceleración de la tutela de urgencia inmediata; sino que además de ello, están

²⁴ Palomino Manchego, José F., “El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alcances, reflexiones y perspectivas (entrevista a Domingo García Belaunde)”, *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, cit., nota 12, p. 1458.

a favor de la figura. Es decir, expresan una actitud, por decirlo así, militante a favor de que exista esta figura procesal.

Así, uno de los primeros en expresar esta posición es Omar Cairo Roldán, quien señala que:

El Código Procesal Constitucional ha recogido un instrumento indispensable para la tutela jurisdiccional de urgencia, propio de los procesos constitucionales de protección de los derechos: la actuación inmediata de la sentencia impugnada de primera instancia. Así el artículo 22 del nuevo código establece que es de actuación inmediata, la sentencia que, dentro de estos procesos, ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. La actuación inmediata de la sentencia impugnada es una institución reconocida y utilizada con éxito en diversos ordenamientos procesales constitucionales.²⁵

Es más, este autor, refiere en otro apartado del mismo libro lo siguiente:

Es necesario revertir la idea según la cual es natural que la apelación contra la sentencia que declara fundada la demanda de amparo sea concedida con efecto suspensivo. Esta situación hoy vigente determina que la sentencia sólo puede ser actuada cuando la apelación es resuelta por el Tribunal de segunda instancia. Como veremos esta opción marcha a contramano con la naturaleza urgente del proceso de amparo.²⁶

En esta misma línea, Juan José Monroy Palacios prefiere llamar al instituto como “actuación inmediata de la sentencia no definitiva”, conceptualizándola como, “aquellos supuestos donde se permite que la sentencia expedida en primer grado pueda ser inmediatamente actuada, importando poco si aquella se encuentra dentro del plazo para ser impugnada o si ya lo ha sido a través de recurso de apelación o, según corresponda, por medio del recurso de casación”.²⁷ Y luego expresa que “en nuestro país dicha categoría aún no es conocida pues reina, de manera absoluta, el efec-

²⁵ Cairo Roldán, Omar, *Justicia constitucional y proceso de amparo*, Lima, Palestra, 2004, p. 167; una primera versión de carácter periodístico fue la publicada por este mismo autor con el título: “Código Procesal Constitucional. Una nueva justicia constitucional peruana”, *Diario Oficial “El Peruano”*, suplemento de análisis legal, lunes 28 de junio de 2004.

²⁶ *Ibidem*, p. 203.

²⁷ Monroy Palacios, Juan José, *La tutela procesal de los derechos*, Lima, Palestra, 2004, p. 292.

to suspensivo sobre la impugnación de sentencias”,²⁸ llegando luego a sostener que, “es necesaria la apertura a este instituto, sin embargo aquella debe efectuarse de manera mesurada, es decir, dirigida inicialmente a supuestos específicos”.²⁹

La posición de Carlos Mesía, actual magistrado del TC es de igual temperamento, pues este autor expresamente afirma la existencia de la figura; así, manifiesta que:

uno de los cambios sustanciales operados en los procesos de la jurisdicción constitucional es el relativo al tema de la actuación de la sentencia impugnada. Una sentencia que ha sido pronunciada en primer grado se ejecuta de inmediato sin que sea obstáculo para ello el recurso de apelación que se interponga. La eficacia del proceso constitucional adquiere mayor fuerza. No es necesario esperar más tiempo, que es el que supone una nueva tramitación en la corte y posteriormente ante el tribunal constitucional, para ver en ejecución lo resuelto en la sentencia.³⁰

Por cierto, ya en este autor se prevé una preocupación que está tomando cuerpo. Así, en laconica nota al pie, aclara este autor que, “este criterio no es compartido incluso por algunos autores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional, debido a la redacción no muy clara del artículo 22”.³¹

En la misma posición se ubica Walter A. Díaz Zegarra. Así, este autor, desde su posición como vocal afirma que:

Una novedad que puede romper los esquemas tradicionales del proceso ordinario es la ejecución de sentencias estimatorias dictadas en primera instancia en los procesos constitucionales de la libertad, ello debido a que, la norma en comentario sí posibilita que el juez constitucional que en primera instancia falla estimando la demanda interpuesta, puede ejecutar la sentencia dictada por él (prestación de dar, hacer o no hacer), a pesar que haya sido impugnada, conforme a una interpretación literal y teleológica de las normas procesales constitucionales, toda vez que, se trata de la protección de los derechos fundamentales.³²

²⁸ *Ibidem*, p. 293.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Mesía, Carlos, *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 180.

³¹ *Idem*.

³² Díaz Zegarra, Walter A., *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Lima, San Marcos, 2005, pp. 204 y 205.

Es más, este autor reconoce que existe la posibilidad que, “impugnada una sentencia pueda ser revocada por el superior jerárquico”,³³ a lo que afirma inmediata y contundentemente que “ese riesgo tiene que ser asumido”,³⁴ aclarando luego que “serán los magistrados constitucionales que mediante una correcta interpretación y aplicación de normas constitucionales resolverán en forma adecuada los conflictos constitucionales y así evitar los riesgos de una errónea solución; sin lugar a dudas este constituye otro reto para los jueces constitucionales”.³⁵

Eloy Espinosa Saldaña ha señalado por su parte que “uno de los temas más polémicos vinculados con los diferentes procesos constitucionales, y muy especialmente con los procesos de amparo, es el de la ejecución de las sentencias”.³⁶ Así, este autor, aunque en términos lacónicos, pero inobjetables en su reconocimiento, señala que “en la línea de lo que ya sucede en otros países, la sentencia emitida en estos procesos deberá ejecutarse muy a despecho de que eventualmente haya sido apelada”.³⁷

Mucho más reciente, Martín Hurtado Reyes igualmente se ha ubicado al lado de la orilla de esta tesis del reconocimiento de la actuación de sentencia impugnada. En efecto, luego de reconocer que este instituto procesal, “no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil”,³⁸ expresa que “la ejecución de sentencia impugnada... puede ser considerada como una manifestación de la tutela diferencial”.³⁹ Este autor es el que con mayor amplitud, aparte de los trabajos de Monroy Gálvez y Monroy Palacios, ha desarrollado esta institución en el Perú. En este contexto, señala Hurtado Reyes lo siguiente:

Merece comentario aparte la regulación de la *actuación inmediata de las sentencias* (artículo 22), especialmente de aquellas sentencias que ordenen en su fallo la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. Pues en estos casos, se entiende que lo decidido por el juez en su sentencia se

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Código Procesal Constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 120.

³⁷ *Ibidem*, p. 121.

³⁸ Hurtado Reyes, Martín, *Tutela jurisdiccional diferenciada*, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 375.

³⁹ *Ibidem*, p. 374.

debe ejecutar de manera inmediata, sin importar que el demandado haya formulado apelación, pues se entiende que la apelación no suspende el cumplimiento de la prestación ordenada en la misma.⁴⁰

César Proaño Cueva se ubica en este sector e indica que:

era preciso dotarle —a los procesos constitucionales de la libertad— a su vez, de instituciones propias de la tutela de urgencia distinta a la misma sumarización, característica intrínseca que proviene de su naturaleza; así, nos encontramos ahora gracias a la regulación normativa (requerida todavía por muchos, para su actuación judicial) plasmada en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional bajo el título de actuación de sentencias, con una institución que en doctrina ha recibido varias denominaciones.⁴¹

2. Posición en contra

En este sector, bien podríamos desglosar dos posiciones, aquellos que expresamente reconocen la figura, pero que no están de acuerdo, expresando más bien su prudencia, reparos y cautela en su utilización por parte de los justiciables y jueces; y por otro lado, aquellos que inclusive sólo plantean la naturaleza de las sentencias ejecutables en supuestos de sentencias firmes.

Así, en la primera posición se ubica, entre otros Samuel Abad Yupanqui, quien si bien reconoce la naturaleza de urgencia del proceso de amparo, “pues la sentencia de primer grado, que declara fundada la demanda puede actuarse de inmediato pese a haber sido apelada”,⁴² por otro lado, expresa sobre lo mismo sus reparos:

esta posibilidad que ya existe en otros ordenamientos, exige un mayor cuidado del juez al momento de conceder el amparo solicitado y debería atender a determinados aspectos desarrollados por la doctrina, entre los cuales nos parece importante tomar en cuenta el límite de la irreversibilidad, es

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 437 y 438.

⁴¹ Proaño Cueva, César, “La actuación de sentencia impugnada en el proceso de amparo peruano. Vicisitudes de su aplicación”, *Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura*, artículo publicado el 2 de octubre de 2006 en www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=213.

⁴² Abad Yupanqui, Samuel B., *El proceso constitucional de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 202.

decir, si de hacerlo, se produjeran efectos que la eventual sentencia revocatoria no podrá declararlos ineficaces ni ordenar su reparación. Si bien es cierto, el Código Procesal Constitucional no se refiere a dicho aspecto, ello no impide que así lo pueda interpretar la jurisprudencia.⁴³

En igual actitud se muestra Luis Sáenz Dávalos, en donde si bien reconoce, “la actuación inmediata de sentencias incorporadas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código”.⁴⁴ Más explícitamente el citado letrado del TC expresa *in extensu* lo siguiente:

A pesar de que el dispositivo comentado incorpora el régimen de ejecución anticipada en los términos aquí descritos y que difícilmente harían pensar que se trata de una opción diferente, su redacción para muchos no resulta del todo clara en tanto no consta de modo expreso que las sentencias estimatorias a las que se refiere la norma, sean necesariamente aquellas sobre las cuales existen recursos impugnatorios pendientes.

Si esto es así, podría pensarse que el régimen al que se está refiriendo el artículo 22 es el correspondiente al de la ejecución de sentencia. Sin embargo, tal aseveración quedaría descartada si nos atenemos a que en el artículo 59 del mismo Código, que *strictu sensu*, sí se encuentra referido a ejecución de sentencias, se deja claramente establecido que lo allí normado es “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22...*”.

Con todo, somos de la idea de que a fin de evitar controversias hubiese sido conveniente redactar de una forma mucho más explícita el citado dispositivo.⁴⁵

En esta misma orilla se ubica el profesor Mauricio Raffo, quien al comentar el artículo 22 del CPC expresa:

De una revisión de la norma citada se aprecia que la misma regula una actuación de la sentencia impugnada ope legis, toda vez que la norma legal prevé su procedencia sin condición alguna, no regulando la facultad del juzgador para limitar su aplicación, ni la exigencia al vencedor de la sen-

⁴³ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

⁴⁴ Sáenz Dávalos, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, en varios autores, *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 136.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 137.

tencia de primer grado de la constitución de garantía, ni el cumplimiento de ningún otro requisito especial de procedencia.⁴⁶

Luego opina que “la regulación del instituto estudiado sin ningún parámetro normativo claro resulta ser peligrosa; por lo que en nuestra opinión sería conveniente, desde un punto de vista general, una regulación mixta, que otorgue al juzgador la facultad de poder decidir, en atención a las particularidades del caso concreto.”⁴⁷

Mucho más determinante es la posición del profesor Elvito Rodríguez Domínguez, quien no sólo no reconoce la existencia expresa de la ejecución anticipada de las sentencias impugnadas, sino que, según este autor, “solamente se ejecuta la sentencia firme por consentida o ejecutoriada (artículo 22 del CPC)”.⁴⁸

3. *La postura discreta: silencio en torno a la figura procesal*

Existen otros autores que, si bien han comentado el artículo 22 del CPC, en rigor no se han pronunciado en torno a la ejecución de sentencia impugnada; esto es, no indican si existe o no la figura.

En esta línea se ubica por ejemplo Víctor Julio Ortecho Villena, quien después de aclarar que el Código emplea el término “actuación de sentencia”, le parece más apropiado el de ejecución, “en razón que en todo proceso jurisdiccional, la última etapa es la ejecutiva”.⁴⁹

Igual lectura se aprecia en la opinión del profesor Luis Castillo, cuando señala que, “sólo en el supuesto que se haya declarado fundada (en parte o totalmente) la demanda, existe la posibilidad de *actuar*, entiéndase ejecutar, una sentencia. La actuación o ejecución de la sentencia significará que se regresen las cosas al estado anterior de cometida la amenaza o violación de un derecho constitucional, o que se obligue al funcionario a cumplir con una ley o un acto administrativo”.⁵⁰

⁴⁶ Raffo La Rosa, Mauricio, “La actuación de la sentencia impugnada en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*. Lima, Universidad de Lima, 2005, p. 155.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006, p. 368.

⁴⁹ Ortecho Villena, Víctor Julio, *Procesos constitucionales y su jurisdicción*, Lima, Rodhas, 2004, p. 113.

⁵⁰ Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 292.

En otro apartado, el citado autor refiere que “...en estos casos, cuando la sentencia es la que ha puesto fin al proceso constitucional (no necesariamente emitida por el Tribunal Constitucional), sin que haya sido impugnada venciendo el plazo para ello, debe *actuar conforme a sus propios términos*”.⁵¹

VIII. UNA OJEADA PANORÁMICA A LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La oferta de esta institución procesal en el mercado comparado resulta de suyo interesante y atractiva, por lo que vamos a apreciar, aunque sea muy someramente, cómo opera y bajo qué supuestos; pues si bien, esta institución difiere del proceso civil clásico, en los predios del derecho procesal constitucional resulta comprensible su amparo, desde que se trata de derechos que requieren una tutela de urgencia; aunque esta institución conforme veremos luego, necesita ser decantada de la forma como realmente está configurada en el Perú, a raíz de su precariedad en la normatividad del aún cuasi novel CPC.

Si bien los autores del CPC tomaron en parte como referencia algunos países de Latinoamérica, esta institución dimana según parece de ańejos antecedentes.

1. *Argentina*

Aunque la ley 16986 no comprende la figura procesal en comento, anota Adolfo Rivas,⁵² que la Constitución de Salta, sancionada en 1986⁵³ y reformada en 1998, establece en el artículo 87, referente al amparo, una parte pertinente a dicho instituto, regulando lo siguiente: “Los recursos

⁵¹ *Idem*. Este autor ha publicado una nueva edición de su obra *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, en dos volúmenes, y en el t. I (Lima, Palestra, 2006) opina lo siguiente: “Con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, una sentencia en un proceso constitucional, en primera instancia, puede ser ejecutada incluso aunque contra ella se halla interpuesto un recurso impugnativo” (p. 438), lo cual ubicaría a este autor dentro de los que reconocen el instituto procesal en comento.

⁵² Rivas, Adolfo Armando, *El amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, La Rocca, 2003, p. 172.

⁵³ Sancionada el 2 de junio de 1986; reformada parcialmente, concordada y sancionada por la Convención Constituyente el día 7 de abril de 1998, y jurada el día 8 del mismo mes y año.

nunca suspenden la ejecución de la sentencia cuando la misma acoge la pretensión del amparado”.

Actualmente existe un proyecto de reforma en todo el sistema federal de la Argentina en donde se comprendería en el régimen del amparo a la actuación de sentencia impugnada.⁵⁴ Así, la exposición de motivos de este anteproyecto expresa:

La presente iniciativa vigoriza el papel del juez en la sustanciación del proceso amparista al receptar criterios de flexibilidad y dinamismo que caracterizan a este instituto. Con esta finalidad se recogen criterios dominantes en el constitucionalismo provincial.

En general puede decirse que las Constituciones locales que contemplan al amparo destacan la necesidad de la abreviación de los plazos, la rapidez del trámite, la informalidad y el papel activo del juez.

...En síntesis se ha procurado dotar a la presente iniciativa, para decirlo en los términos de Augusto Mario Morello, de una textura dúctil, no formalista que posibilite de modo dinámico una constante adaptación del amparo, como técnica jurídica, a fenómenos y realidades nuevas que muestran un tiempo de corrimientos y aperturas incesantes que incitan al operador —juez o jurista— a repensar la institución amparista para proyectarla siempre hacia el futuro como una garantía esencial de la persona. Destaca también Morello que en los últimos veinte años se ha enriquecido la dimensión constitucional, social y transnacional de las garantías institucionales porque estamos en la edad de las garantías pues sin ellas los derechos no existen.

2. Bolivia

A raíz del nuevo diseño del control de la constitucionalidad en la Reforma Constitucional de 1994, se dotó a la Constitución Boliviana de un tribunal constitucional, el mismo que hoy se ve regulado orgánicamente

⁵⁴ Artículo 23. Recursos. En el proceso de amparo sólo es apelable la sentencia definitiva, la resolución que reconduzca el proceso, la que disponga o rechace medidas cautelares y la que rechace la intervención de terceros.

El recurso será deducido y fundado en el plazo perentorio de tres días. Dentro del mismo lapso el juez o tribunal interviniente decide acerca de la admisibilidad o no del recurso. En caso de concederlo lo hará con efecto devolutivo, salvo que el cumplimiento de la resolución pueda ocasionar un gravamen irreparable, en cuyo caso, con carácter excepcional, se podrá otorgar con efecto suspensivo, véase: www.gomezdiez.com.ar/files/Proy/Ley/2006/PL1939_06.pdf.

a través de la Ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional. En lo que respecta al recurso de amparo constitucional (artículos 94 al 104) la LTC, prescribe en su artículo 102 lo siguiente: “La resolución concederá o denegará el amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones...”.⁵⁵

3. Colombia

En la jurisdicción constitucional colombiana, se regula por medio del decreto 2591, de fecha 19 de noviembre de 1991, la acción de tutela, denominación que asume en ese país el amparo. El artículo 27 del mencionado decreto regula respecto a este tema lo siguiente: “Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora”.⁵⁶

Esta disposición se encuentra complementada por el artículo 31, que prescribe: “Dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado por el defensor del pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato”.⁵⁷

Las citadas normas no hacen más que desarrollar la acción de tutela ubicada en el artículo 86 del texto constitucional colombiano.

4. Ecuador

La actual Constitución de 1998, en el artículo 95, regula también la actuación de sentencia impugnada, en cuya parte pertinente se prescribe que:

⁵⁵ Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1o. de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 128. Igualmente a Rivera Santivañez, José Antonio, “El amparo constitucional en Bolivia”, en Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa, 2006, pp. 81-122, específicamente pp. 116-119.

⁵⁶ Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales. Derecho y acción de amparo*, 2a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, t. V. p. 445. Igualmente a Ortiz Gutiérrez, Julio César, “La acción de tutela en la carta política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 213-256, específicamente pp. 248-254.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 446.

“Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional”.

Pese a que en la jurisdicción constitucional de Ecuador existe una Ley de Control Constitucional; la reglamentación del amparo y del instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada prevista en esta ley curiosamente resulta ser casi nula; salvo que se interprete su desarrollo en los artículos 51 y 55.⁵⁸

5. *Uruguay*

La República Oriental del Uruguay aunque no cuenta con una legislación unificada de jurisdicción constitucional, en la ley 16011, del 19 de diciembre de 1988, regula el amparo y en el artículo 10 de dicha ley incluye sin duda la institución comentada:

En el proceso de amparo sólo serán apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente.

El recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El juez elevará sin más trámite los autos al superior cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta y lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios, cuando la sentencia apelada fuese la definitiva.

El tribunal resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspenderá las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la sentencia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación.⁵⁹

6. *Costa Rica*

Este país cuenta con una Ley de Jurisdicción Constitucional núm. 7135, del 11 de octubre de 1989. Allí, como anota el profesor Rubén Hernández,

⁵⁸ Salgado Pesantes, Hernán. “La garantía de amparo en el Ecuador”; *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, nota 53, pp. 305-331, específicamente p. 328.

⁵⁹ Ochs Olazábal, Daniel, *La acción de amparo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 75.

el artículo 12 de la LJ le otorga a la sala la facultad de ejecutar sus propias sentencias, salvo en lo relativo a la liquidación y cumplimiento de indemnizaciones y responsabilidades patrimoniales, lo cual deberá ventilarse en la jurisdicción contencioso-administrativa por el procedimiento de ejecución previsto en la LRJCA. Dentro de esta óptica, la sala posee una amplia gama de facultades discrecionales para darle efectividad a sus resoluciones. Inclusive en cada caso puede establecer la modalidad específica de ejecución de la sentencia estimatoria.⁶⁰

7. Venezuela

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales del 27 de septiembre de 1988, establece en su artículo 30 lo siguiente: “Cuando la acción de amparo se ejerce con fundamento en violación de un derecho constitucional, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido”.⁶¹

Si tomamos en cuenta la legislación procesal ordinaria, en donde se regula en distintos mercados jurídicos como Italia, Francia, España, Brasil, Uruguay entre otros,⁶² no cabe más que reconocer que, aún en la legislación ciertamente conservadora del procesalismo civil, se prevé esta figura como ejecución provisional, empero no se trata de sentencias ciertamente definitivas, pues en teoría, la ejecución provisional, normalmente gira en torno a sentencias recurribles.⁶³

⁶⁰ Hernández Valle, Rubén, “El recurso de amparo en Costa Rica”, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 53, pp. 257-304, específicamente p. 303.

⁶¹ Brewer-Carías, Allan R., “Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales de Venezuela”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXI, núm. 63, septiembre-diciembre de 1988, pp. 1107-1159, específicamente p. 1138.

⁶² Hurtado Reyes, Martín, *op. cit.*, nota 36, pp. 376-378; Monroy Gálvez, Juan, “La actuación de sentencia impugnada”, *cit.*, nota 11, pp. 211 y ss.; Santos, Mabel de los, “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *cit.*, nota 10, pp. 75-86.

⁶³ Anota Juan Monroy: “Por otro lado, si algo importa del instituto es que la actuación de la sentencia carente de firmeza ocurra de manera anticipada, es decir, tal y como si fuera una decisión firme. Lo que sí resulta de la mayor importancia es identificar el objeto de la actuación. Así, conviene precisar desde ahora que éste no es la sentencia firme porque ella no requiere de un instituto particular para actuarse en tanto su actuación inmediata es una realidad inherente a ella. El objeto de la actuación inmediata es la *sentencia impugnada*”; en “La actuación de sentencia impugnada”, *cit.*, nota 11, p. 208.

Si bien subyace en la legislación procesal constitucional la idea de que se trata de procesos constitucionales con carácter de urgencia, dada la naturaleza de la lesión o agravio constitucional que está en juego; con todo, queda aún por aclarar si ciertamente el CPC ha configurado, en el proceso de amparo, este instituto de remedio de urgencia.

IX. ¿QUÉ ES LO QUE OCURRIÓ EN LA COMISIÓN QUE ELABORÓ EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

A juzgar por los antecedentes y los intereses académicos de sus autores, no cabe la menor duda, que en el interior de esta Comisión se planteó el tema; y lo más probable es que la propuesta haya provenido de Juan Monroy Gálvez⁶⁴ cuya predilección e interés, fue en parte aceptado, aunque lógicamente no con dicho *nomen iuris*. Analizando lo declarado por Domingo García se aprecia la siguiente afirmación: "...se discutió mucho

⁶⁴ Desde el punto de vista académico, puede verse de este autor parte de sus reflexiones en *Introducción al proceso civil*, Colombia, Temis, 1996, t. I. También puede verse el libro escrito al alimón con su hijo Juan José Monroy Palacios, *La tutela procesal de los derechos*, cit., nota 25, donde se aprecia los importantes planteos sobre este sugerente instituto procesal.

El conocido procesalista ha venido planteando incluso con anterioridad la reforma al Código Procesal Civil. Así, puede verse ya en el anteproyecto de reforma del CERIAJUS (en cuyo seno participara este ius-procesalista) en el artículo 393, la inclusión de la figura de la actuación de sentencia impugnada. Es interesante resaltar la regulación detallada que esta figura ha merecido en el citado Anteproyecto:

"Artículo 393. Ejecución de sentencia impugnada. La interposición de recurso no suspende la ejecución de las sentencias de condena.

393.I. Suspensión de la ejecución. La Sala Superior que expidió la sentencia impugnada dispondrá, a iniciativa de parte y mediante auto inimpugnable, que la ejecución sea suspendida, total o parcialmente, siempre que se preste caución dineraria por el monto de la ejecución. Cuando la ejecución no tenga contenido patrimonial, la Sala determinará el monto de la caución dineraria atendiendo a criterios de equidad.

392. II. Ejecución parcial de sentencia. Si la sentencia impugnada tuviera más de un decisorio y uno o más de ellos fuesen de condena, éstos podrán ser ejecutados siempre que su actuación no esté condicionada a la adquisición de firmeza de los otros decisivos.

393. III. Sentencias impugnadas no ejecutables. No procede la actuación de las sentencias meramente declarativas o constitutivas, como aquellas que se refieren a filiación, nulidad de matrimonio, nulidad de acto jurídico, resolución de contrato, separación por causal o divorcio, capacidad o estado civil y, en general, todas las que no requieran para su actuación de un posterior proceso de ejecución". Véase www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf.

(en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de esta Comisión”

De allí concluye García Belaunde, “preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en los grandes temas, no necesariamente en los detalles”. Estas frases, estimamos que debemos aquilatarlas en todo su contexto.

Por lo pronto debemos recordar que algo similar, pero bajo otras circunstancias, se presentó en la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo; justamente presidido por Domingo García Belaunde. Allí, en la exposición de motivos de la futura Ley 23506 se había expresado que:

En cuanto a la técnica de trabajo de esta comisión, se ha logrado en la medida de lo posible unificar criterios en diversos puntos del anteproyecto, aspecto sumamente delicado toda vez que, diversos miembros de la comisión tenían puntos de vista muy sólidos que defendían aspectos contrarios. No obstante, en la comisión se ha hecho un esfuerzo para presentar un solo proyecto unitario, de manera tal que el anteproyecto ha sido aprobado y firmado por todos los miembros, sin que ello signifique necesariamente que suscriban todos y cada uno de los artículos del anteproyecto, sino tan sólo un acuerdo en sus lineamientos básicos y generales.

Los aspectos más saltantes de las reuniones han quedado consignadas en las actas que se adjuntan al anteproyecto y a la presente exposición de motivos.⁶⁵

Hubo en dicha elaboración del anteproyecto de la ley 23506 un voto “en minoría” suscrito por Alberto Borea Odría relacionado con “*La procedencia de la acción de amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal*”.

Allí, el profesor Alberto Borea expresaba que “como lo señala el proyecto en la Exposición de Motivos, muchos han sido los puntos en los cuales los miembros de la Comisión hemos armonizado criterios, no obstante haber, en trabajos precisos, sostenido algunos puntos de discordia con lo que ha sido aprobado finalmente en el texto”.⁶⁶

En realidad, viene a colación lo citado precedentemente para ubicar que, en el caso de los debates internos que se realizaron en la Comisión

⁶⁵ Borea Odría, Alberto, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, p. 344.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 353.

que integraron los profesores Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia y que elaboraron el Anteproyecto del actual CPC, en realidad, no fue ésta una Comisión Oficial, es decir no fue nombrada por el Gobierno, ni formó parte de alguna Comisión Parlamentaria; a diferencia de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que sí fue una *Comisión Especial* nombrada por el Gobierno.⁶⁷ De allí que si la Comisión que elaboró el CPC, tenía que sacar un Anteproyecto, era comprensible que el conjunto articulado de codificación procesal constitucional sea más o menos “consensuado”. Y ello, así ha ocurrido.

En este contexto, mal hubiera sido, por decir lo menos, que se publicara el Anteproyecto del Código, con votos en minoría o en discordia en algunos temas, y que, por lo demás, estos asuntos son de por sí normales e inevitables, dado que se concurre con la buena voluntad, aún cuando cada integrante deba inevitablemente ceder en algunos temas.

Es en este marco situacional, donde se entiende y comprende lo que explica Domingo García Belaunde de que el Código representa “un gran consenso en los grandes temas” y “no necesariamente en los detalles”.

No obstante esto, aún sigue a flote la idea que, justamente ellos —los autores del Anteproyecto del CPC— dijeran en la primera versión de su “*estudio introductorio*”. En efecto, la madre del cordero está en este breve, pero determinante párrafo, que en nuestro concepto, influyó gravitantemente en muchos autores ya glosados *in extenso*. Veamos, con mayor detenimiento, lo que dice el comentario o estudio preliminar:

Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de la sentencia impugnada”, según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que hay sido apelada. Debemos precisar que esta institución está incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay.

Sobre este aspecto recordemos nuevamente lo que expone el propio Domingo García Belaunde, frente a la pregunta del profesor José Palomi-

⁶⁷ Mediante Resolución Suprema 059-81-JUS, del 10. de septiembre de 1981 se nombró dicha Comisión integrada por el doctor Domingo García Belaunde en calidad de presidente y por los doctores Pedro Morillas Gamio, Alberto Borea Odria, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María.

no Manchego (advuértase aquí que en la interrogante el doctor Palomino da por supuesto que sí existe esta institución procesal): “¿Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el derecho comparado?”.

A lo que Domingo García Belaunde responde, *prima facie* y en forma determinante que: “Esto en realidad no se ha incorporado...”

Luego aclara: “Lo que pasa es que en el estudio preliminar al Código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada”.

Esta respuesta por lo menos permite, entre otras lecturas posibles, apreciar que la figura de la actuación de sentencia impugnada sí se había tomado en cuenta pero que, al final, sus propios autores han consensualizado en opinar su inexistencia; muy al margen de lo que la disposición, el texto o la redacción misma del artículo 22 pueda dar más de una interpretación distinta a la que sostienen sus propios autores. Es decir, nos encontramos aquí ante un problema que puede expresarse entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley.

Posteriormente Domingo García prosigue explicando que: “*En la segunda edición en prensa la hemos eliminado*”.

Y, efectivamente, en la actual segunda edición, lo que en la primera edición está en la página 48, en esta segunda edición se encuentra en las páginas 51 y 52, y ciertamente ya no aparece el párrafo donde se reconoce la existencia de la “actuación de sentencia impugnada”; esto es, se ha *suprimido*. De tal manera que la situación se vuelve un campo de Agramante entre el sector que sostiene la tesis de que en el amparo sí existe la institución de la actuación de sentencia impugnada, y los autores del Código, que *a posteriori* han rectificado oficialmente su posición y por consenso expresan no haberla incorporado, y entre los que parece encontrarse el mismísimo Juan Monroy Gálvez.⁶⁸

⁶⁸ En esta segunda edición de Palestra, bien pudo Juan Monroy haber publicado una opinión discrepante en torno al tema; sin embargo, como quiera que ha suscrito la última versión; damos por hecho que los autores reales del Código han consensualizado en opinar que esta figura procesal *sensu strictu* no existe. Véase varios autores, *Código Procesal Constitucional*, cit., nota 16, pp. 51 y 52.

X. ENTRE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y LA VOLUNTAD DE LA LEY

El CPC se enmarcó bajo los marcos de todo *un procedimiento legislativo*, entendiéndose a este último como la sucesión de actos necesarios para la elaboración de la ley. Como se sabe, el legislador tiene características específicas que explican su propia estructura, en tanto se trata de un organismo colegiado y de naturaleza representativa, en donde se tienen que tamizar las distintas opciones político-partidarias, a fin que el producto acabado —la ley— salga integrando la voluntad de sus miembros en una decisión conjunta. En tal perspectiva, debemos recordar que todo *procedimiento legislativo*, por lo general, comprende hasta tres etapas: La primera fase es la de *iniciativa*, que en nuestro caso se encuentra ubicado en el artículo 107, el cual prescribe el derecho de iniciativa a los congresistas, al presidente de la República, a los otros “poderes del Estado” y a muchas entidades más. La segunda fase es la *constitutiva*, que es el debate y la aprobación de la ley; y la tercera fase es la *integradora de eficacia*, que abarca la sanción, promulgación y publicación.⁶⁹

No cabe duda que nuestro CPC pasó por todo el procedimiento legislativo que la Constitución regula; en consecuencia, el legislador (y aquí entendemos por ficción jurídica quien elaborara el Anteproyecto, como la Comisión Parlamentaria que lo hizo suyo; y que luego, después de las correspondientes comisiones, aprobó prácticamente y en líneas generales todo el Anteproyecto elaborado por los autores reales) no acordó expresamente incorporar en la configuración legislativa del Amparo, el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

Aceptándose la situación de que en el *íter* de la elaboración del CPC no primó en la voluntad del legislador la regulación de la figura de la actuación de sentencia impugnada; puesto que, tanto en las dos Comisiones Parlamentarias como en el Pleno, se habló del presunto riesgo o peligro de lo que se estaba incorporando; toda vez que el citado artículo 22, en su proyección original fue objeto de una modificación importante (para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso... incluso, su prisión efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables),

⁶⁹ Eto Cruz, Gerardo, “Aprobación de los proyectos de ley”, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, t. II, pp. 185 y ss.

mas no aludía, ni tan siquiera con el *nomen iuris* de la “actuación de sentencia impugnada” o con otro nombre como “ejecución provisoria” o “provisional”, etcétera. Se debería, en este extremo, concluir que, visto desde una interpretación histórica o exegética, en puridad, no existe la figura procesal de la actuación de sentencia; siendo así, mal haría un juez en aplicarla.

Sin embargo, como ha señalado Domingo García, “hoy se admite que el legislador histórico tiene muy poca competencia, y a la larga, tal vez ninguna, sobre todo cuando se extiende el tiempo entre la dación de la norma y el momento en que se interpreta”.⁷⁰ Cabe pues, resaltar aquí, parafraseando el pensamiento norteamericano, que la idea del originalismo⁷¹ del CPC resulta determinante, en el sentido que sus autores, no optaron por delinear, por lo menos en el proceso de amparo, la figura de la actuación de sentencia impugnada.

No obstante, al lado de la interpretación histórica o de la voluntad del legislador, hoy en la teoría de la interpretación se habla de la “*voluntad de la ley*”, que es, ciertamente distinta de la “*voluntad del legislador*”. Nos explicamos, en la voluntad del legislador prima lo que quiso históricamente el autor de la norma; mientras que la voluntad de la ley es la norma que tiene vida propia, independientemente de su interpretación histórica u originalista. En buena cuenta, cuando hablamos de la voluntad del legislador y la voluntad de la ley estamos hablando del binomio interpretación histórica frente a la literal, o la interpretación originalista frente a la textualista, o la interpretación estática frente a la dinámica.⁷² En tal perspectiva, habría que auscultar ya, en este extremo, si acaso más que la voluntad del legislador, el peso que hoy tiene la disposición normativa pertinente del artículo 22 habilita una interpretación identificada como la voluntad de la ley; en tanto se le puede asignar una interpretación distinta a lo que quisieron sus autores. En este contexto, podría interpretarse, desde el punto de vista de la norma, sumado a la técnica de la

⁷⁰ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vol. IV, p. 3421.

⁷¹ Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork*, Madrid, Civitas, 1989.

⁷² Sagués, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 164 y ss.

concordancia intra-sistemática, que sí es posible que el juez, en la praxis y bajo ciertas condiciones y presupuestos, admita la figura procesal de la actuación de sentencia impugnada. En realidad, nos encontramos aquí frente a lo que Guastini denomina, como la técnica de la “interpretación correctora en general”, en tanto esta interpretación se presenta como “corrección” de la voluntad legislativa, puesto que se da por hecho que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende y se mantiene, por ello, que la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador. Sin embargo, una interpretación correctora normalmente atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.

Al respecto, Guastini es más explícito cuando habla sobre la intención del legislador en el marco de la interpretación correctora restrictiva. En efecto, aquí se presentan dos variantes notables que nos resultan útiles para entender una posible interpretación distinta a lo que hoy han establecido los autores del Código:

- a) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, por así decirlo; esto es, con la voluntad de los hombres que históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate. La averiguación de la voluntad del legislador no puede valerse más que de los llamados “trabajos preparatorios”.
- b) En una segunda variante del argumento, la intención del legislador se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, sino con una más impalpable, “voluntad de la ley”, considerada en abstracto: la *ratio legis*.

Por otro lado, Guastini expresa que para descubrir la voluntad de la ley hay que atender exclusivamente al texto de la propia ley (o, a lo sumo, al texto de la ley y a las circunstancias sociales que la han ocasionado) y *no*, a los trabajos preparatorios. Desde este punto de vista, en efecto, los trabajos preparatorios reflejan no la “objetiva voluntad de la ley”, sino sólo los “subjetivos modos de entenderla de los legisladores”. En otras palabras, esta estrategia argumentativa desempeña esencialmente la función de desacreditar, por irrelevante el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo de que

se trate.⁷³ Admitida así una eventual existencia de la actuación de sentencia impugnada incorporada en el proceso constitucional del amparo peruano, lleva a suscribir esta segunda variante; en tanto, es lícito y factible encontrar una interpretación que fluye incluso del propio texto normativo del CPC. Veámoslo en un acápite aparte.

XI. LAS DISPOSICIONES Y NORMAS VINCULADAS A LA ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA: LAS ORILLAS CONTRAPUESTAS

Un breve análisis del CPC lleva a ubicar preceptos claves, para determinar la posibilidad de que el juzgador admita eventualmente, y bajo ciertas restricciones la tutela de urgencia del amparo, disponiendo la ejecución provisional de sentencia, hasta en tanto el superior jerárquico la confirme, o en su caso la revoque.

Por lo pronto, el Código ha establecido en el numeral 17 los contenidos y requisitos mínimos aplicables a los cuatro procesos que forman parte, como querría Mauro Cappelletti, de la jurisdicción constitucional de la libertad. Y luego, a cada proceso constitucional le ha otorgado un tratamiento específico. Así, el artículo 34 prescribe los contenidos y medidas que debe tener una sentencia fundada en *Hábeas Corpus*, lo propio en el numeral 55 se regula la sentencia fundada en amparo y que en parte ha de entenderse aplicable al *Hábeas Data*. Y finalmente, en el artículo 72 se prescribe el contenido de la sentencia fundada en proceso de cumplimiento.

En lo que respecta al proceso constitucional de amparo, el Código le ha dotado de un tratamiento por partida doble. Veamos:

El artículo 22, sumillado preliminarmente por sus propios autores como de “actuación de sentencias”, constituye un conjunto de disposiciones aplicables a los cuatro procesos constitucionales de la libertad. Y en el primer párrafo se encuentran dos disposiciones. La primera expresa lo siguiente: “La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se ac-túa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”.

⁷³ Agrega más contundente el profesor Guastini lo siguiente: “naturalmente apelar a la voluntad de la ley como cosa distinta de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que un modo de eludir, dejar de lado o sabotear la política jurídica perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política jurídica del intérprete”, (*cfr.* Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, 1999, pp. 31, 33 y 34).

Aquí estamos ante un fallo que tiene la condición de firme, esto es, que ya es inimpugnable. No está hablando aquí la norma de una sentencia de primera instancia que puede ser recurrible, se trata del supuesto de una sentencia que “ha causado ejecutoria”. Y en este contexto es lógico que dicho fallo, “se actúe conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”. Esta disposición normativa del primer párrafo del artículo 22 guarda conexidad con el artículo 17, incisos 4 y 5, pues lo que el juez ejecutor está realizando es disponer que se cumpla con lo que ha quedado firme. Igualmente el citado precepto 22 en la primera disposición normativa, no es más que lo que prescribe el artículo 59: “la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada”.

Es decir, la disposición normativa *prima facie* del artículo 22, que *in verbis* expresa “la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”, es un apéndice y por lo tanto guarda conexidad con esta otra norma ubicada en el artículo 59: “la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada”.

Ahora bien, la verdadera norma, donde presuntamente se reconoce la existencia de la ejecución de sentencia impugnada está ubicada en el segundo párrafo del artículo 22. Allí se aprecia lo siguiente: “La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata”.

¿Qué tipo de sentencia debe actuarse inmediatamente? Es aquí donde el arcano de la norma deberá ser develado y al mismo tiempo rellenado de contenido por el juez. Puesto que si se trata de lo que se indica en la primera parte del artículo 22, no tiene sentido; toda vez que la *executio* de todo fallo es su destino final, a fin de obtener una tutela satisfactoria, y no en su forma provisional, sino definitiva. De acuerdo a la voluntad del legislador cabría aquí, formular la exégesis que la sentencia que ordena la realización de una prestación, es la sentencia firme que se indica en su primer párrafo (“la sentencia que cause ejecutoria...”). Y como hemos señalado, esta parte del artículo 22 guarda conexidad con el artículo 59 del Código.

Hasta aquí no se presentaría ningún problema, y primaría la tesis negativa de la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.

Sin embargo, el problema se presenta cuando en el citado artículo 59, la disposición normativa deslinda frontalmente con lo que dice el artículo 22. En efecto, la redacción empieza así: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de ser notificada”.

Con esta redacción el panorama cambia completamente, puesto que, a diferencia de lo que opina Luis Sáenz Dávalos,⁷⁴ nosotros estimamos que el primer párrafo del artículo 22 trata *strictu sensu* de la ejecución de sentencia firme, ya inimpugnable.

Empero, el segundo párrafo del artículo 22 no regula la ejecución de sentencia firme, de allí que se entiende la frase “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22...”. Quiere esto decir, a fin de tocar puerto, que bajo esta singladura, bien estaría legitimado un juez para disponer, al hilo del segundo párrafo del artículo 22, en concordancia con el artículo 59, *ab initio*, una medida provisional de actuación de sentencia impugnada, hasta en tanto se defina en segunda instancia.

Por tanto, entre la *voluntad del legislador* —que era por donde habíamos comenzado esta parte— y la *voluntad de la ley*; aquella prohíbe, pero esta permite, la figura procesal que motiva este ensayo.

XII. ¿ANTE QUÉ TIPO DE ACTUACIÓN DE SENTENCIA NOS ENCONTRAMOS?

Como quiera que estamos virtualmente ante un enigma normativo y que, como bóveda en clave debe ser abierto por el TC cuando le asigne un contenido interpretativo a la existencia o no de esta institución procesal; de nuestra parte, nos ubicamos entre quienes consideran de que sí existe dicha figura; pero que debe ciertamente ser utilizada con prudencia y mesura y diríamos en términos casi excepcionales; y que debe ser el TC el que establezca los supuestos en donde se actúe una sentencia en primer grado. En tal sentido, bien puede apelarse a la técnica de las sentencias con efectos normativos; y así como ha establecido las pautas para la procedencia, por ejemplo, de los procesos de cumplimiento,⁷⁵ lo pro-

⁷⁴ Sáenz Dávalos, Luis, “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, *op. cit.*, nota 42, pp. 136 y 137.

⁷⁵ Véanse las STC 0417-2005-AA/TC y STC 0168-2005-PC/TC.

pio podría establecer el colegiado constitucional los supuestos para su procedencia.

Con todo, no está de más desarrollar los criterios tipológicos de esta figura y tomando aquí en versión libre a Osvaldo Alfredo Gozaíni,⁷⁶ bien podrían detectarse las siguientes modalidades dependiendo de que la actuación o ejecutabilidad de la sentencia de primer grado, esté supeditada a la facultad del juez (potestad discrecional), o del impulso previsto por el Código (que puede, a su vez, ser de oficio o a pedido de parte).

- a) *Actuación de sentencia ope legis*; cuyo eje característico radica en que está normado o previsto en el Código, por lo que el órgano jurisdiccional debe disponer dicha actuación y no limitar su procedencia.
- b) *Actuación de sentencia ope iudicis*; se caracteriza en que ya no se trata de una obligación que emana de la norma; pues aquí el instituto no se regula; empero la actuación de la sentencia depende del criterio discrecional del juez y aplicando ciertos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y según las circunstancias del caso, el juez juzga la naturaleza irreversible del derecho reclamado.
- c) *La modalidad mixta*; aquí Gozaíni sostiene que este modelo atenúa las distancias entre la norma y los poderes del juez; pero es menester advertir sobre ciertas inconsistencias y algunas dudas sobre cuando procesar y aplicar uno u otro criterio.
- d) *La actuación de sentencia resuelta de oficio*; que en puridad es excepcional y que opera en la legislación procesal francesa; puesto que en todas las demás, la regla es que la actuación sea a pedido de parte.
- e) *La actuación de sentencia impugnada puede ser parcial o total*; según su ejecución se dirija al cumplimiento absoluto de la parte principal de la sentencia, según fuere de hacer, de dar o de no hacer; y como anota Gozaíni, salvo el tema de los costos, costas, etcétera.

Tentativamente bien puede irse diseñando una modalidad que puede identificarse como mixta; esta tipología podría aplicarse bajo ciertas condiciones y presupuestos que el caso amerite y siempre que se solicite a pedido de parte, reuniendo un mínimo de presupuestos como son entre

⁷⁶ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “La ejecución provisional en el proceso civil”, *op. cit.*, nota 10, p. 89.

otros el grave riesgo de la irreparabilidad del derecho fundamental en juego; o la grave repercusión para el justiciable de la dilación que genera la impugnación de la sentencia; incluso el examen que el propio juez puede hacer sobre la prosperabilidad del recurso de apelación; en fin, éstos y otros presupuestos más podrán ser diseñados por una reforma a propósito de los tres años cumplió nuestro CPC en diciembre de 2007; y estimamos que es preferible que los aspectos procesales sean aclarados o decantados por el legislador antes que por el una inflexión que, a futuro, pueda diseñarle el TC, lo que ello no obsta a que el Colegiado Constitucional le dote, incluso de ciertas pautas que deben tener presente los operadores intérpretes frente a una eventual regulación o no de este instituto. Con todo, el tema no está cerrado y estimamos que convocará a más de una reflexión sobre una futura regulación o sobre una aclaración de su inexistencia normativa.

LAS SENTENCIAS: CONCEPTUALIZACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Víctor GARCÍA TOMA*

SUMARIO: I. *Las sentencias constitucionales*. II. *La jurisprudencia constitucional*. III. *El precedente constitucional vinculante*.

I. LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante los cuales se pone fin a una *litis* cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional.

Para el cumplimiento del cometido expuesto, el tribunal constitucional en el caso municipalidad distrital de Lurín [expediente número 0024-2003-AI/TC)] consideró necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los elementos siguientes: la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución.

* Magistrado del Tribunal Constitucional; docente en las universidades de Lima y San Martín de Porres.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el tribunal.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que se ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa. Vale decir, es la regla o principio que el colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogido como fundamento) 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.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* a proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo*, expresa una visión mas allá del caso específico; por ende, plantea una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias 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 cubija 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.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquihuanca [expediente número 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [expediente número 3283-2003-AA/TC]

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de *Hábeas Corpus*; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el tribunal emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación con dicha materia.

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, a modo de dicta, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables el “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexa al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni,¹ esta dicta tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [expediente número 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo (despido nulo, despido incausado y despido fraudulento).

La invocación preceptiva es aquella parte en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad, utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la

¹ Magatoni Kerpel, Ana, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 82.

razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria o accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso.

En puridad, el fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al tribunal constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógica y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

La tipología de las sentencias constitucionales

El Tribunal Constitucional en el caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo [expediente número 004.2004.CC/TC] ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especies o de principio y la segunda diferencia entre sentencias estimativas o desestimativas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

A. La tipología de las sentencias constitucionales

Las *sentencias de especie* son aquellas que constituyen la aplicación simple de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esta hipótesis la labor del juez constitucional es meramente “declarativa” porque se limita a expresar la norma contenida en la Constitución o demás preceptos directamente conectados con ella.

Las *sentencias de principio* son aquellas que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y hasta forjan verdaderos precedentes vinculantes.

Es dable advertir que el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como institucionales e instructivas.

Las *sentencias institucionales* son aquellas que adicionalmente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar deci-

siones trascendentales y relevantes para el Estado y la sociedad, y en donde lo que se determina excede con largueza al mero interés de las partes, y, que, por ende, se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad. Estas tienen como consecuencia la predeterminación y sujeción de los planes y programas gubernamentales a los contenidos de dichos fallos.

Al respecto, son citables los casos de Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos contra los decretos leyes núms. 25475, 25659, 25708 y 25880 [expediente número 0010-2002-AI/TC] y el del Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo (acumulados) contra el Decreto de Urgencia número 055-2001 [expediente número 015-2001-AI/TC y 024-2001-AI/TC].

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron que el Congreso de la República mediante la Ley número 27913 de fecha 8 de enero de 2003, “Delegase facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional [expediente número 010-2002-AI/TC], establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos *b* y *c*, 4,5 y 9 del Decreto Ley número 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se transmitirán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre el derecho penal material, procesal penal, y defensa judicial del estado en relación con terrorismo.

Asimismo, mediante la resolución suprema 001-2003-JUS de fecha 11 de enero de 2003, el Poder Ejecutivo resolvió conformar la Comisión encargada de elaborar las propuestas de legislación a que se refiere el artículo 1o. de la Ley número 27913. En ese sentido, el Poder Ejecutivo expidió los decretos legislativos núms. 921, 922, 923, 924, 925 y 926, que regulan los aspectos penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con el delito de terrorismo. Finalmente, el Poder Legislativo expidió normas referidas a la aprobación de créditos suplementarios y a la aplicación de partidas presupuestales a favor del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría, a efectos de recomenzar los procesos por la comisión del delito de terrorismo.

Las *sentencias instructivas* son aquellas que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Tienen por finalidad orientar la labor de los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, contribuyen a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos. Al respecto, deben citarse los casos de Eliobina Aponte Chuquihuaman [expediente número 2663-2003-HC/TC], y Taj Mahal Discoteque y El Jeque Discoteque contra la Municipalidad Provincial de Huancayo [expediente número 3283-2003-AA/TC].

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron y precisaron los alcances de los diferentes tipos de *hábeas corpus*, a saber el reparador, el restringido, el correctivo, el preventivo, el traslativo, el instructivo, el innovador y el corpus conexo.

B. Segunda clasificación

Las *sentencias estimativas* son 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. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional.

Estas pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas o manipulativas-interpretativas (normativas).

Las *sentencias de simple anulación*, son aquellas en las que el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la totalidad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etcétera) y, por tanto, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; en consecuencia, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

Las *sentencias interpretativas propiamente dichas* son aquellas en las que el órgano de control jurisdiccional —según sean las circunstancias

que rodean al proceso constitucional— declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo que acarreó una aplicación indebida. Esto sucede cuando se asigna al texto que es objeto de examen una significación y contenido distintos a los 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 que es objeto de examen. Por consiguiente, prohíbe que en el futuro los operadores jurídicos interpreten y apliquen aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

Las sentencias interpretativas propiamente dichas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese que la ley es constitucional “si se interpreta en el sentido siguiente: ...”.
- Declárese que la ley es constitucional “siempre que se le interprete en el siguiente sentido ...”.
- Declárese que la ley no es inconstitucional “en cuanto se interprete en el sentido ...”.

En el caso de este tipo de sentencias la magistratura constitucional parte del supuesto que una norma legal puede tener más de una forma de interpretación deducible de su enunciado lingüístico. En ese contexto, la declaración de inconstitucionalidad consiste en proscribir la utilización de algún o algunos de los sentidos de la ley cuestionada, en razón de ser no conforme(s) con los principios, valores o normas constitucionales.

Las sentencias interpretativas-normativas (manipulativas) son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley cuestionada. En ese contexto, procede a la transformación del significado de la parte “infecta”, a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, F. Javier Díaz Revorio² señala que mediante la utilización de este tipo de sentencias, las leyes impugnadas de inconstitucionalidad “salen” del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que tenían originalmente.

² Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Lima, Palestra, 2003.

En ese sentido, la modificación del contenido normativo no obsta para que se deje inalterable la vigencia y validez del texto cuestionado.

Esta modalidad se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una norma del ordenamiento jurídico.

La experiencia acredita que residualmente la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede terminar siendo más gravosa —desde un punto de vista político, jurídico, económico o social— que la propia permanencia de aquella dentro del ordenamiento constitucional. Así pues, los efectos de dicha declaración pueden llevar a que durante un “tiempo” se produzca un vacío legislativo que dañe de alguna manera la vida coexistencial en el campo político, económico, etcétera.

A raíz de lo expuesto, aparecen las denominadas sentencias interpretativas-normativas (manipulativas) lo que supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una ley “acusada” de violatoria de la Constitución, a efectos de hacerla “compatible” con aquella. Es a través de dicho esfuerzo que se “salva” la vigencia de la ley, empero subordinándola a los cánones de la Constitución.

En este caso se restablece la “soberanía de la Constitución” a través de la transformación del significado de la ley.

La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa o acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada, “eliminando” del proceso interpretativo alguna palabra o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”, lo que genera un cambio radical del contenido preceptivo de la ley.

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 del texto por sí mismo. En este caso el órgano de control de la constitucionalidad aparece residualmente llevando a cabo una actividad paralegislativa por la vía de la integración.

A continuación procedemos a describir las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

a. Las sentencias reductoras

Son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución la que ha generado un vicio de inconstitucionalidad en razón a una redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, en relación a algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto incluye”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que prevé”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no excluye”.

b. Las sentencias aditivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a “añadirle” algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional.

En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción crónica presenta un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí

que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o a ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, que a través del acto de adición se evite que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma primigeniamente no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia consigue es homologar un mismo trato con aquellos que ya estaban comprendidos en la ley cuestionada.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

Cabe insistir que en la emisión de una sentencia aditiva, la disposición legal tiene un alcance normativo mayor al que primigeniamente tenía.

Su utilización se hace necesaria cuando se advierte que el legislador negligentemente omitió algo que debía encontrarse en la disposición legal para que pudiera considerársele compatible con la Constitución.

La sentencia aditiva evita declarar la inconstitucionalidad de una ley, cuya expulsión despojaría del beneficio que otorga a los consignados en ella; empero, incorpora a quienes debían también constitucionalmente encontrarse en dicha condición.

El fundamento de tales sentencias se encuentra ya sea en los principios de igualdad o de razonabilidad; y en modo alguno puede derivar de una valoración discrecional.

Las sentencias aditivas suelen utilizar alguna de las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto no prevé”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no prevé”.

c. Las sentencias sustitutivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley; y simultáneamente incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo ex-

pulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad paralegislativa se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

Cabe insistir que en la sentencia sustitutiva se declara que una ley no es inconstitucional en su totalidad, sino en una de las formulaciones que contiene. Es decir, estima que la disposición legal es inconstitucional en cuanto prevé una determinada consecuencia jurídica, cuando en puridad el legislador debió regular otra para que sea constitucionalmente conforme.

Así, dicha sentencia presenta dos aspectos. Por un lado, un contenido anulatorio, mediante el cual se declara inválida una parte de la disposición legal; y de otro, un contenido reconstitutivo, mediante el cual la disposición aparece con un contenido compatible con la Constitución.

Las sentencias sustitutivas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que” y “dispone... en su lugar de que”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto dispone que” y “establece en sustitución que”.

d. Las sentencias exhortativas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley, más sin embargo no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que incita al Parlamento para que dentro de un plazo razonable se sirva expedir una ley sustitutoria con un contenido más acorde al texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de “*vacatio setentiate*”, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del

fallo. Es decir, se modula los efectos de la decisión jurisdiccional en el tiempo. Dicha expresión deviene en el equivalente jurisprudencial de la “*vacatio legis*” o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Ahora bien, durante el período que transcurre entre la publicación de la sentencia exhortativa y la aprobación de la ley sustitutoria se produce el denominado “bloqueo de aplicación”.

Tal “bloqueo de aplicación” se justifica por la necesidad de evitar anómalas consecuencias de naturaleza política, económica, social o jurídica que podrían surgir a consecuencia del vacío legal que se produciría por una inmediata declaración de inconstitucionalidad.

Las sentencias exhortativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la incompatibilidad de la ley... y exhortase al Parlamento para que...
- Declárese la incompatibilidad de la ley...; y por consiguiente inaplicable en tanto el Parlamento dicte...

e. Las sentencias estipulativas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

Las sentencias estipulativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Debe concluirse que la expresión... quiere decir...
- Declárese estipulativamente que la expresión... se define como...

Esta modalidad ha sido creada por nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia número 010-2002-AI/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los decretos leyes núms. 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista). Asimismo, en el expediente número 014-2002-AT/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley número 27600 (Ley del Proceso de Reforma Constitucional).

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido en la última de las sentencias citadas en donde se señala que el término “*Constitución nueva*” empleado en la Ley número 27600 “es problemático, porque puede interpretarse como ‘la última Constitución en el tiempo’, con independencia si se han cambiado o no en, ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior”. Asimismo, señala que:

también puede interpretarse que la ‘nueva’ debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término ‘reforma total’, y si por Constitución nueva entendemos solo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente —aunque podría serlo— de una reforma total de la Constitución vigente.

Al respecto, según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua ‘nuevo’ significa ‘recién hecho’, y también ‘repetido o reiterado para renovarlo’, ‘distinto a lo anterior’, ‘que se añadirá algo que había antes’, por lo que debemos concluir que la palabra ‘nuevo’ es algo concurrente ‘distinto y posterior’ en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero, ¿qué tan distinto? No puede ser ‘otra’ Constitución complementemente diferente, pues ya no sería ‘nueva’, ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que la Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en lo anterior.

De otro lado, las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

Desestimación por rechazo simple: son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

Desestimación por sentido interpretativo (interpretación strictu sensu): son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligación de interpretar dicha norma de “acuerdo” con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Este concepto alude a aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertas en las sentencias expedidas por los tribunales constitucionales u órganos de la justicia ordinaria con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento nacional y como norma garantizadora de los derechos fundamentales de la persona.

De manera estricta hace referencia al conjunto de sentencias que de manera reiterada y uniforme imponen un determinado criterio de interpretación o aplicación de una norma en un caso concreto que ostenta relevancia o relieve constitucional.

En ese sentido, Javier Adrián Coripuna³ expone que se trata del “conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidas en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional, como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y de atribuciones”.

³ Coripuna, Javier Adrián, “La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial”, *Estudios al precedente vinculante*, Lima, Palestra, 2007, p. 107.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso José Claver Nina-Quispe Hernández [expediente número 0047-2004-AI/TC] señaló que la jurisprudencia es fuente de derecho para la solución de los casos concretos dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

La jurisprudencia constitucional contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, por lo cual forja la normativización de los valores en que se sustenta la estructura, organización y funcionamiento del Estado, amén de promover la fijación de topes y directivas para la acción estatal; y coadyuva en la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos. Finalmente expone los alcances y contenidos de los derechos y deberes constitucionales.

La creación jurisdiccional del derecho constitucional —vía la expedición de sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional— perfecciona, matiza e incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto. Es el instrumento por el cual los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de “guardianía”

La jurisprudencia como fuente del derecho constitucional cumple las funciones siguientes:

- a) Garantiza la supremacía normativa de la Constitución
- b) Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales.
- c) Interpreta y declara el sentido de la constitucionalidad, de conformidad con los retos del tiempo.

En atención a lo establecido en la parte *in fine* del artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos de conformidad con la jurisprudencia vinculante que emita el Tribunal Constitucional.

III. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Este alude a aquella disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el Tribunal Constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

Roger Rodríguez Santander⁴ expone que este “alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un futuro caso sustancialmente homólogo”.

Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel⁵ expone que el precedente

supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede ser variado posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador... En suma, se pretende brindar seguridad jurídica mediante un sistema jurídico predecible.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarleque [expediente número 3471-2004-AA/TC] ha establecido que “el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido *delimitando* paulatinamente....”.

El precedente queda inserto en el derecho objetivo, desplegando como bien afirma Roger Rodríguez Santander⁶ “la fuerza general que le es inherente”. Por ende, tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la pauta general externalizada como precedente se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

El precedente o regla jurídica de alcance general surge por la vía de la interpretación o integración directa de las normas incoadas en un proceso, o como consecuencia del examen y calificación de los hechos relevantes en torno a los cuales gira la controversia. En suma, aparece como consecuencia de lo siguiente:

⁴ Rodríguez Santander, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 55.

⁵ Diez Canseco, Luis y Pasquel, Enrique, “*Stare Decisis*, intercambios comerciales y predecibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial”, *Revista de Economía Y Derechos*, Lima, 2004, p. 17.

⁶ *Ibidem*, p. 57.

- a) Interpretación de las normas constitucionales
- b) Interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con los principios, valores y normas contenidas en la Constitución.
- c) Examen y calificación de los hechos (actos de hacer o no hacer) a la luz de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución

La vinculatoriedad del precedente es simultáneamente horizontal y vertical; en el primer caso porque implica que el Tribunal Constitucional asume fidelidad a la regla por ella establecida; y en el segundo caso porque conlleva su acatamiento por los restantes operadores jurídicos.

En puridad, la fijación de un precedente significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, se genera la obligación de resolver los subsecuentes casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La calidad de precedente aparece tras el cumplimiento de los dos requisitos establecidos en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, a saber:

- a) Que el Tribunal Constitucional haya expedido una resolución sobre el fondo; vale decir, que la demanda no hubiere sido objeto de una mera declaración de improcedencia.
- b) Que el Tribunal Constitucional declare expresamente las partes de la resolución que devienen en precedente vinculante.

A lo expuesto cabe adicionar que el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [expediente número 006-2006-PC/TC] ha señalado que las sentencias dictadas por este organismo “vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no sólo respecto al fallo o *decisum* de la sentencia, sino también respecto a los argumentos o *ratio decidendi* que constituyen su fundamentación”.

Asimismo expuso que a diferencia de la *obiter dicta* o razón subsidiaria, la *ratio decidendi* “constituye, finalmente la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, y que, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también... fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como sí, por el fondo, se la desestima”.

En ese orden de ideas las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitida por el Tribunal Constitucional tienen una triple iden-

tidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculatoriedad. Dicha consideración aparece de lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución y el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

El precedente afirma la plasmación de los principios de seguridad, certeza, coherencia, economía e igualdad jurídica.

De lo expuesto se colige que en los procesos de amparo, *Hábeas Corpus*, *Hábeas Data*, cumplimiento y competencial, el establecimiento del precedente queda sujeto a una declaración formal del Tribunal Constitucional; en tanto que en el caso de un proceso de inconstitucionalidad el precedente aparece *per se*, aun cuando no exista una manifestación puntual de vinculatoriedad, tanto en la *ratio decidendi* como en el fallo.

A manera de colofón es dable consignar que el precedente tiene como objetivos jurídicos el propender a la previsibilidad, certeza, coherencia, economía procesal e igualdad, en la interpretación y aplicación del derecho.

1. *El precedente constitucional vinculante como límite al principio de independencia judicial*

Es indubitable que lo establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, deviene en un límite al principio de independencia judicial establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución.

Como bien sabemos el inciso 2 del artículo 139 del texto fundamental de la República señala que el Poder Judicial es un órgano no dependiente de ningún otro; es decir, autónomo desde un punto de vista político, y jurisdiccionalmente sólo sujeto al mandato de lo establecido en la Constitución y las leyes.

El principio de independencia alude a aquella capacidad auto determinativa, para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro del marco que fija la Constitución y las leyes.

En esa perspectiva el juez goza de una independencia externa e interna.

La independencia externa es oponible a los órganos ejecutivo y legislativo; e implica que la autoridad jurisdiccional no admite sujeción a ningún interés distinto del que provienen de los fines de la justicia, ni admite intromisiones “foráneas” en la resolución de los casos bajo su competencia.

La independencia interna implica que la autoridad judicial no se encuentra sujecionada a la voluntad de los órganos jurisdiccionales intrainstitucionales, salvo que medie un recurso impugnativo. Similar criterio opera en el caso de su relación con los órganos intraadministrativos.

Ahora bien, dicha independencia no es ilimitada sino reglada; vale decir, tiene el valladar normativo que expongan la Constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, Enrique Álvarez Conde⁷ señala que “el Poder Judicial no puede permanecer al margen de la evolución del Estado de derecho. Por ello, si bien la independencia judicial es una de sus principios fundamentales, este tampoco está exento de límites, no pudiendo convertirse en una especie de patente de corzo”. En efecto, la independencia judicial está sujeta al imperio de la ley...”.

En puridad, se trata de una condición reglada de albedrío funcional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [expediente número 0006-2006-CC] señala que no es posible la aplicación del principio de independencia frente a lo resuelto por dicho organismo como precedente vinculante, ya que si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía.

En atención a la declaración de precedente constitucional vinculante, los jueces no pueden expedir resoluciones que las contradigan ni se desvinculen de aquéllas.

El incumplimiento del mandato establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional no sólo acarrea las responsabilidades de ley sino que en lo sustancial afecta gravemente el principio de unidad inherente a todo ordenamiento jurídico.

Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en el citado caso del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, sus resoluciones no sólo ponen fin a una controversia constitucional —es decir, con efecto para las partes— sino que se convierten en fuente de derecho. Ello en razón a que las sentencias de dicho órgano exponen una interpretación de la Constitución, cuyos alcances vinculan a todos los poderes del Estado. Por ser el precedente constitucional vinculante manifestación jurídica de la Constitución interpretada, deviene en norma básica fundamental del ordenamiento jurídico.

⁷ Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2000, vol. II, p. 238.

De allí que se constituye en un elemento de unidad dentro de la multiplicidad de las normas contenidas dentro de dicho ordenamiento.

En la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, devienen en parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado acarrea, *prima facie*, su nulidad.

La consecuencia lógica de ello, es que una resolución expedida dentro de un proceso judicial cualquiera que fuere su naturaleza y que desconozca la interpretación del Tribunal Constitucional —prevista vía un precedente jurisprudencial constitucional— no es reconocida como cosa juzgada; por ende, puede ser revocada y modificada en el marco de un proceso constitucional por parte del máximo órgano contralor del texto fundamental de la República.

El Tribunal Constitucional solo reconoce como cosa juzgada constitucional a aquella sentencia expedida por un órgano jurisdiccional del Poder Judicial que se pronuncie 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 este haya realizado 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.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [expediente número 006-2006-PC/TC] señaló que aquellas sentencias expedidas por los jueces ordinarios en favor de las casas de juego y tragamonedas y con contravención del precedente vinculante inserto en la sentencia número 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada; por lo que en consecuencia fueron declaradas nulas y sin efecto legal alguno.

Debe advertirse que la cosa juzgada no tiene un fin en sí mismo, sino que resguarda un fin principal del derecho: la seguridad. Pues bien, dicha vocación de certidumbre queda violentada cuando a través de una sentencia se desconoce un precedente vinculante que ofrece a la comunidad la garantía de aplicación uniforme (igualdad y predecibilidad).

La cosa juzgada constitucional, es decir aquel fallo coherente con el orden de valores constitucionales interpretados en un precedente vinculante, es la expresión máxima de ordenación y coherencia jurisdiccional.

2. *La Técnica del distinguish*

La experiencia jurisdiccional acredita que en algunos casos se presenta que ciertos hechos no concuerdan con aquellos que fueron examinados al momento en que el Tribunal Constitucional emitió un precedente vinculante.

En ese contexto es dable que un operador jurisdiccional del Poder Judicial o hasta el propio Tribunal Constitucional haga uso de la técnica del *distinguish*; la cual consiste en resaltar que en un caso particular y concreto no es pertinente aplicar el precedente vinculante, en razón de no existir identidad sustancial con los hechos que originaron la dación del mismo. Vale decir, que al encontrarse acreditada la disimilitud entre las circunstancias o acontecimientos examinados en el caso que contiene el precedente y aquel que aparece con posterioridad, el operador jurisdiccional tiene discrecionalidad dentro del marco de la Constitución y las leyes para resolver de manera diferente.

Carlos Bernal Pulido⁸ señala que el *distinguish* aparece al existir diferencias relevantes entre el precedente y un caso posterior facticamente parecido, mas no igual. Por ende, este último requiere una solución diferente.

En esencia, dicha técnica puede ser utilizada en los casos no factualmente idénticos con el previsto en el proceso que concluyó con una sentencia con precedente vinculante. De lo expuesto se colige que el tratamiento jurídico entre dos causas debe ser igual, cuando los hechos que sustentan la razón suficiente pueden ser calificados como homólogos o análogos; caso contrario es dable aplicar el *distinguish*.

3. *Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante*

El Tribunal Constitucional en el caso Municipalidad de Lurín [expediente número 0024-2003-AI/TC] ha estimado que dichos presupuestos son los cinco siguientes:

- 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

⁸ Bernal Pulido, Carlos, "El precedente constitucional en Colombia", *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, pp. 184-186.

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 sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta.
- 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 supuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, el colegiado debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

4. Condiciones para el establecimiento del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la actividad jurisprudencial; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el establecimiento del precedente se sustenta en las dos condiciones siguientes:

a) Debe existir una relación entre el caso examinado y el precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el tribunal decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

Ahora bien, el Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, cuando en realidad esta no se encontrare directamente ligada con la solución de aquel.

- b) Debe generarse una decisión con autoridad de cosa juzgada.

La decisión de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final sobre el fondo de la materia.

El establecimiento de un precedente vinculante, no debe afectar el principio de respeto a lo resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe alterar las situaciones jurídicas que gozan de la protección de la cosa juzgada.

Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal, al amparo de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro. Ahora bien, lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74 y 103 de la Constitución, y 83 del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

Más adelante efectuaremos las precisiones necesarias sobre la materia, al hacer referencia a la aplicación del principio de retroactividad.

5. El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente en las circunstancias siguientes:

- Cuando se acredita la ausencia absoluta de norma.
- Cuando a pesar de la existencia de una prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades.
- Cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área particular con conflicto intersubjetivo.

- Cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquéllas o sospechado éstas.
- Cuando dos normas sin referencia mutua entre sí —es decir, en situación de antinomia indirecta— se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces.
- Cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente.
- Cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

6. *La aplicación del precedente vinculante*

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La objetiva existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emanan el precedente.
- b) La objetiva coexistencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

7. *La eficacia prospectiva del precedente vinculante* (prospective overruling)

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), ello a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residual eficacia prospectiva a un precedente vinculante es establecida en aras de procesar cons-

tructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional.

El uso de la técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos hubieren mostrado respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal Constitucional con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; por la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo; o, por último, cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decidir 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) Decidir cambiar de precedente vinculante, empero ordenando 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.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [expediente número 0090-2004AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las fuerzas armadas y la policía nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las fuerzas armadas y policía nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen...”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el propio Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sólo sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo de la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

8. El cambio de precedente vinculante

La expedición de una sentencia que expone el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante por otro, está sujeta al cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión. Ello implica que se consigne claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación.
- b) Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.

Ahora bien, desde una perspectiva fáctica, la historia de los tribunales constitucionales acredita que el proceso de cambio surge por alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.
- b) Cuando se comprueba que el precedente ha quedado desfasado en razón a los avances de la ciencia la tecnología, las mutaciones político-sociales, o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho.
- c) Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la reforma constitucional.
- d) Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

9. *Los efectos de las sentencias constitucionales
con o sin precedente vinculante*

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observadas en función a los efectos personales o temporales que de ellas 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.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados” en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación con los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido la aplicación diferida se determina en una sentencia sujeta a *vacatio sententiae*; por ende, las consecuencias jurídicas de una decisión quedan suspendidas durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever y controlar las consecuencias políticas, económicas o sociales que ellos generaran.

Al respecto, no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional: es decir, tiene alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se hubiere acreditado la violación o de algún o algunos de los principios-constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74 deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones jurídicas generales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional.

En ese contexto, cabe la posibilidad que se establezca la aplicación del principio de retroactividad. En consecuencia puede tener efecto *ex tunc*. Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39, primera y segunda disposición transitoria de la Ley número 27153 [expediente número 009-2001-AI/TC] relativa a la regulación de la explotación de los juegos de casino y máquina tragamonedas en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hubiere aplicada normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 74 de la Constitución.

En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

10. *La diferencia entre precedente y jurisprudencia constitucional vinculante*

Tal como expuso el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarleque [expediente número 3741-2004-AA/TC] la diferencia entre ambos presenta una connotación de grado. Así, la jurisprudencia constitucional tiene como característica común con el precedente constitucional, el tener efecto vinculante; empero este último ejerce una potestad regula-

toria de alcance general a partir de su sola emisión; no necesitando por tanto la reiteración uniforme de su efecto normativo. Al respecto, en la praxis se exige la existencia de tres o más jurisprudencias en el mismo sentido para alcanzar efecto vinculante.

Asimismo, en el caso del precedente la regla se encuentra expresamente calificada como tal en la sentencia, en tanto que en el caso de la jurisprudencia este debe ser deducida por el operador jurisdiccional ordinario o corroborada como tal por el Tribunal Constitucional, con el uso de la expresión de “reiterada y uniforme”.

Adicionalmente cabe señalar que en el citado caso Ramón Salazar Yarlequen [expediente número 3471-2004-AI/TC] el Tribunal Constitucional estableció que el precedente judicial tiene una aplicación en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. “O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este haga sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto”.

En cambio, el precedente emitido por un Tribunal Constitucional tiene,

prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos, cualquier ciudadano puede invocarlo ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

LA TRASCENDENCIA DE LAS RESOLUCIONES
DE LOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL
EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Carlos GONZÁLEZ BLANCO*

SUMARIO: I. *Enero 10 de 1829. Declaración de inconstitucionalidad del decreto número 14 de la legislatura de Oaxaca.* II. *En el régimen de 1857.* III. *Amparo Morelos.* IV. *Amparo Puebla.*

Aparte de ser un reconocimiento a la trayectoria de un ser humano excepcional, el cual ha dedicado gran parte de su trayectoria a la investigación de los medios de control constitucional (justicia constitucional) quizás motivado por los estudios de Mauro Cappelletti respecto a esta materia y por ese gran cariño que siempre ha demostrado a la cátedra y a la judicatura.

Tomando como base uno de los elementos del procedimiento de los medios de control constitucional que son las resoluciones.

Las resoluciones que de manera particular han demostrado la importancia del cumplimiento de nuestro texto constitucional y el efecto provocado en la sociedad del cumplimiento de estas resoluciones.

Ya que las resoluciones de los medios de control constitucional constituyen la parte medular de estos medios de control constitucional a lo largo de la historia constitucional de nuestro país. Han dejado huella cada una de estas resoluciones sin embargo existen algunas que dada la trascendencia de su sentido han servido para reafirmar o limitar a los medios de control que las expiden.

Sirve de punto de partida para el análisis de un tema que ha sido indispensable considerar que el órgano encargado de emitir este tipo de reso-

* Doctor en derecho, en la especialidad de derecho constitucional y administrativo, por la UNAM; director del Instituto de Especialización Judicial del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala.

luciones en cada una vaya confirmando sus deberes de contralor constitucional y además implementar procedimientos que permitan que la sociedad quede convencida que tal resolución cumple con su cometido de proteger el texto constitucional y no con base en esta facultad convertirse en un poder superior, o en un dictador de los otros poderes constituidos de los cuales tiene la facultad de supervisar su constitucionalidad.

Como se ha mencionado en artículos anteriores, correspondió al Congreso General de manera primigenia ser el contralor de la constitucionalidad de la incipiente Constitución de 1824. Mediante un proceso sencillo de comparación para determinar la constitucionalidad de las leyes emitidas por los otros dos poderes constituidos.

Si bien se podría mencionar que el medio de control constitucional realizado por el Congreso General en la Constitución de 1824, era un control constitucional político, por ser encargado a un órgano distinto al judicial, no por eso podría prescindirse de él ya que en sus actuaciones dejaba constancia de la trascendencia e importancia que tenía para la sociedad el saber que los integrantes de la incipiente República Mexicana ajustaban su proceder al acta constitutiva y a la Constitución Federal de 1824.

Las características del procedimiento llevado a cabo por el Congreso General, como medio de control constitucional, sirven de base para poder aseverar que tal medio de control constitucional cumplía con la protección constitucional encomendada.

Destacando que dada la heterogeneidad del órgano encargado de tal medio de protección, el procedimiento debería reunir como requisito el ser ágil y sencillo, lográndose esto con la comparación como base. Tal comparación se daba entre el articulado del acta constitutiva y la Constitución de 1824, confrontadas con la ley o el acto que se consideraran contrarias a los documentos primeramente citados.

Permitiendo al órgano de control constitucional tener una perspectiva objetiva y material de lo que estaba evaluando. Así podríamos mencionar como ejemplo la declaración de inconstitucionalidad del decreto número 14 de la legislatura de Oaxaca, publicada en la *Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, ordenada por los licenciados Manuel Dublán y José María Lozano.¹

¹ Dublán, Manuel y Lozano, José María, México, Imprenta del Comercio, Dublán y comp., 1876, t. II, pp. 299 y ss.

I. ENERO 10 DE 1829. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
DEL DECRETO NÚMERO 14 DE LA LEGISLATURA DE OAXACA

El decreto número 14 de la legislatura de Oaxaca es contrario al artículo 157 de la Constitución general, y 18 y 19 del acta constitutiva. (*Esta ley se circuló en el mismo día 10 por la secretaría de relaciones, y se publicó en bando del día 14*).

El decreto citado de la Legislatura de Oaxaca, es como sigue:

Artículo 1o. Se autoriza al gobierno para que pueda por providencia gubernativa remover de un punto a otro del estado, y aun para sacar de todo su territorio, a cualesquiera habitante del mismo, aunque sea empleado público de dicho territorio, que conspire, atentare ó hiciere proposición, aunque no sea aceptada, para promover ó secundar el plan del teniente coronel Montaña, ó para atacar a las autoridades supremas de la federación y particular de Oaxaca, ó para alterar de cualesquiera manera que sea el orden y tranquilidad pública.

Artículo 2o. El gobierno, en uso de sus facultades ordinarias, y de las que se le conceden por este decreto, tomará todas las medidas y providencias conducentes para restablecer completamente y afianzar la seguridad y sosiego público en esta capital y en el Estado.

Artículo 3o. El Congreso, con presencia de las circunstancias políticas, determinará oportunamente el tiempo en que deberán cesar las facultades concedidas en este decreto.

Como puede observarse del ejemplo transcrito bastaba para que el congreso emitiera su declaración de inconstitucionalidad, que este tuviera a la mano el acta constitutiva y la Constitución de 1824 y comparara el decreto emitido por la legislatura de Oaxaca.

Este procedimiento comparativo tenía también la finalidad de transparentar la actuación del Congreso, ya que al hacer pública su declaración de inconstitucionalidad, era innegable que aquel que leyera tal declaratoria y analizara los artículos que en esta declaratoria se citaban y además los confrontara con el decreto, declarado inconstitucional, corroboraría efectivamente que el Congreso tenía razón de haber hecho su declaratoria en tal sentido.

Este medio de control constitucional hubiera permanecido vigente de no haber surgido las siguientes contingencias:

Primera: Si bien este procedimiento cumplía a cabalidad respecto al análisis que la constitucionalidad de las leyes o actos de las legislaturas estatales. Cuando sus pares o poderes constituidos requerían del análisis de sus actos, era necesario recurrir a un procedimiento más profundo. Surgiendo la necesidad de manejar un procedimiento no únicamente de confrontación entre documentos sino de un procedimiento interpretativo, mismo que ya no era tan ágil y sencillo como el procedimiento utilizado para el análisis de la constitucionalidad de las leyes o actos de las legislaturas estatales.

De esta aseveración da fe el recurso de duda interpuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra del Ejecutivo Federal respecto a las actuaciones que dicho poder constituido realizaba en los delitos de arma corta.

Actuaciones que en la anterior legislación basada en el derecho español correspondía sancionar y aplicar al Poder Ejecutivo; pero en la naciente República determinar tales sanciones correspondían al Poder Judicial, previo procedimiento al reo.

Del ejemplo en cuestión se puede observar lo siguiente:

Se cumple con lo estipulado por el artículo 165 de la Constitución de 1824, ya que el promovente, en este caso el gobernador del Distrito Federal dirige su recurso de duda hacia el vicepresidente, mismo que lo dirige hacia el congreso, único facultado para la resolución de estos recursos detallando de manera explícita los motivos que lo obligan a acudir ante el congreso para que éste se pronuncie respecto a las facultades que tiene su gobierno en la intervención de los delitos de los portadores de armas cortas, argumentando como vital el razonamiento que se haga de la esfera competencial, que delimite con certeza la actuación del Gobierno en los ilícitos de armas cortas los cuales habían estado provocando caos en la sociedad, por tal motivo explicaba el vicepresidente que de manera provisional se había visto obligado a ordenar el cumplimiento del bando del 7 de abril de 1824 por parte de los alcaldes. No existiendo la figura de la suspensión en este procedimiento. El cumplimiento realizado por el Poder Ejecutivo del citado bando era puesto en tela de duda por el máximo tribunal a la vez que había provocado la molestia de sus integrantes, los cuales como uno de los Poderes de la Unión pedían a manera de reclamo al ejecutivo la situación antes descrita.

La afirmación del cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo llega al tribunal supremo cargado de justificantes respecto a la actuación de tal

disposición dejando ver que la administración de justicia al menos en estos casos en particular representa un retraso en la resolución de delitos, que por su naturaleza competen a la policía ya que en estos casos es menester proceder pronta y expeditamente, sin los trámites embarazosos del Poder Judicial, haciendo notar la desconexión existente entre la administración de justicia y la policía además de la larga distancia existente entre el delito y el castigo; sin embargo este fenómeno no se daba debido a que los alcaldes habían dejado de aplicar sanciones en delitos de esta índole para no cuestionarse con la Suprema Corte de Justicia. Invocando también que el procedimiento en estos delitos era prolongado ya que los jueces de letras sólo podían sentenciar siempre y cuando dieran cuenta a la Suprema Corte de Justicia, haciendo de esto un procedimiento largo dando como resultado que la pena se compurgara en prisión y se hiciera nugatoria la venganza pública. Así justificaba el Ejecutivo su providencia mientras el congreso diera su veredicto. La resolución provisional de parte del Poder Ejecutivo trajo como consecuencia lógica la aplicación de las citadas penas a los portadores de armas cortas. Dando esto pauta para la intervención de la Suprema Corte, la cual inicia con una interrogante respecto a su participación en este tipo de ilícitos y la disposición provisional emitida por el Poder Ejecutivo la cual de facto daba por terminado el recurso de duda. Como puede observarse el punto medular de este recurso radica en la interpretación que hace la corte al mencionar en su reclamo que con la actuación antes citada el Poder Ejecutivo se había arrogado las facultades del Poder Legislativo y quitado al Poder Judicial las atribuciones que le estaban concedidas por la Constitución. Además también solicita se le diga como participará a partir de esta medida cuando acudan a ella particulares para solicitarle la revisión de las sentencias pronunciadas por los alcaldes. Ante este reclamo el Poder Ejecutivo fija su postura aduciendo que su intervención se debió a la petición hecha por los alcaldes como por la misma Suprema Corte dándole el tratamiento de audiencia en este recurso y señalando que su actuar fue el conveniente ya que expuso su duda al Congreso y dejó viva la facultad de los alcaldes de sancionar a los portadores de armas cortas mencionando que en el caso en particular no servían de sustento las leyes de la dominación española y que en ellas se podían mezclar dos ramas de la administración pública ya que en las providencias gubernamentales era expedita la apelación por el Poder Judicial y en el sistema actual no.

Resalta el Poder Ejecutivo además el hecho de que el congreso no haya resuelto el recurso de duda para manifestar que el bando a discusión seguía vigente ya que no se había derogado. Vuelve a cobrar relevancia la inexistencia de la figura de la suspensión en el procedimiento del recurso de duda. Destaca también en este apartado la solicitud de aclaración sobre el señalamiento de límites de las penas correccionales y las penas *corporis* aflictivas. Cabe destacar que el recurso de duda se centró en la delimitación de las penas puramente correccionales y las *corporis* aflictivas que corresponden al Poder Judicial propiamente. Así se estuvo en espera de la decisión del congreso sin embargo, como ya se ha mencionado el Poder Ejecutivo por medio de una resolución provisional había violado el orden constitucional y es por esto que la Suprema Corte defendía las atribuciones de los poderes Legislativo y Judicial y sostenía la Constitución y las bases fundamentales del sistema republicano como su baluarte principal. Es de hacer notar que al dirigirse el Ejecutivo a la Suprema Corte de manera amable y comedida trataba de exponer sus puntos de vista respetando la armonía pero sobre todo haciendo énfasis en que lo único que la motiva es el acatamiento de la Constitución. En el acto de dar contestación a la reaprehensión por parte de la Suprema Corte sale a relucir la diferencia del sistema actual con relación al del absolutismo y se hace ver que es el uso de la libertad de la expresión la que se materializa en el descontento por la actuación del Ejecutivo en este caso en particular. Se destaca la participación de nuestro máximo tribunal al ubicarse como uno de los poderes de la Federación y no un subalterno, dando idea plena de lo que se consideraba una división de poderes. Por último sale a relucir en este ejemplo la obligación contenida en el artículo 110, fracción XIX, de la Constitución de 1824 que hace referencia a que el Ejecutivo debería cuidar de que las sentencias de la Suprema Corte fueran cumplidas y ejecutadas; por lo mismo con base en la Constitución solicitaba al Ejecutivo el cabal cumplimiento del texto constitucional. Se puede corroborar que este recurso no fue resuelto por el Congreso General en forma definitiva y que sirvió para acrecentar el distanciamiento de la Suprema Corte y el Poder Ejecutivo Federal.

Y la segunda hacía referencia al aspecto ético del órgano encargado de realizar el control constitucional de 1824, ya que si bien analizaba la constitucionalidad de leyes y actos de las legislaturas estatales, los actos del Ejecutivo Federal y del Judicial, la sociedad se hacía el siguiente cuestionamiento:

¿En caso de que el Congreso General emitiera una ley contraria al acta constitutiva o a la Constitución de 1824 su actuar será honesto y el mismo anulará su ley? La respuesta era contundente y mencionaba un “no” por tal motivo era necesario implementar un procedimiento que se encargara del análisis de la constitucionalidad de las leyes y actos del Congreso General.

Como puede observarse en esta primera parte las determinaciones emitidas por el medio de control constitucional de 1824, sirvieron como base para determinar que el acta constitutiva y la Constitución de 1824 deberían ser respetadas por todas y cada una de las autoridades emanadas de ese régimen.

Y de darse el caso de que alguna autoridad llevara a cabo actos contrarios a la Constitución, el medio de control constitucional anularía tales actos con la finalidad de mantenerla inviolable.

Se crea conciencia de que no hay un poder omnímodo y que así como sucedió en los Estados Unidos de América, al tratar el tema de la supremacía constitucional no debe existir nada contrario a la Constitución.

Debiendo destacar que en el ámbito local siguiendo estos mismos lineamientos las entidades realizaban el mismo procedimiento respecto al control y cuidado de su texto constitucional local siendo un claro ejemplo la actuación del Congreso estatal de Jalisco en 1826.

Finalmente el medio de control constitucional de 1824 no cumplió con las expectativas de manera plena ya que los poderes constituidos vieron en él una amenaza y no un órgano regulador de la constitucionalidad, sintiendo por ello la necesidad de implementar mecanismos alternos de control constitucional.

Respecto al tema que se presenta, algunos autores han manejado que tal procedimiento se vio interrumpido por la entrada en vigor de las Siete Leyes Constitucionales, la cual en la segunda de éstas dio paso al supremo poder conservador; sin embargo, con las mismas Siete Leyes Constitucionales podemos confirmar que al respecto se crearon dos sistemas de protección constitucional; uno correspondiendo al supremo poder conservador y el otro continuando en el Poder Legislativo. Al finalizar el corto periodo de las siete Leyes Constitucionales se retomó al sistema de la Constitución de 1824 y al acta de reformas de ese mismo año, en el tópico en cuestión se pretendía mejorar y se proponía la intervención del Poder Judicial Federal, es decir, se pretendía que el congreso siguiera vigilando la constitucionalidad de leyes y decretos de las legislaturas de los

estados pero, se pretendía crear un procedimiento imparcial en donde interviniera el poder judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decretos emitidos por el Congreso Federal, esto lo podemos constatar en el voto particular del señor Ramírez de 1841 y en la misma Acta de Reformas de 1847, en sus artículos 22, 23, 24 y 25 los cuales a la letra señalaban:

Artículo 22. Toda ley de los Estados que ataque la Constitución ó las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores.

Artículo 23. Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuera reclamada como anticonstitucional, ó por el Presidente, de acuerdo con su Ministerio ó por diez diputados, ó seis senadores, ó tres Legislaturas la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en n mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las Legislaturas.

Artículo 24. En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es o nó anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución ó ley general a que se oponga.

Artículo 25. Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare.

Hipótesis que se ve reforzada con el proyecto de Ley Reglamentaria de los artículos 22, 23 y 24 del Acta de Reformas de 1847 presentado en el Senado de la República en las sesiones del 18 y 21 de mayo de 1849. Misma que en 5 artículos señalaba el procedimiento de anulación de leyes inconstitucionales emitidas por el Congreso General el cual se desarrolla en 5 artículos y daba inicio con la reclamación por el presidente de la República, por una cantidad determinada de diputados (10), seis senadores o tres legislaturas, de anticonstitucionalidad de una ley dentro del

término de un mes de haber sido publicada esta ante la Suprema Corte de Justicia, la cual pasaba tal solicitud al fiscal para que este verificará la procedencia o no de tal solicitud. La Suprema Corte en tribunal pleno determinaba la procedencia o no de tal solicitud, en el primer supuesto comunicaba tal solicitud a las legislaturas estatales; designado el día para que éstas emitieran su voto (esto dentro del término de 3 meses), de ser improcedente tal solicitud se publicará el parecer del fiscal y la declaración de la Corte. Después de un mes de haberse cumplido el plazo para la votación de las legislaturas la Suprema Corte en tribunal pleno abría los pliegos de las legislaturas y el Presidente del más alto tribunal, mandaba a publicar el resultado de la votación comunicando éste, tanto al poder Ejecutivo como a ambas cámaras, en receso de estas al Consejo de Gobierno. Si la votación de la mayoría absoluta de todas las legislaturas de los estados que forman la Federación fuera en el sentido de la nulidad de la ley, se realizaba la declaración de nulidad quedando sin valor alguno la ley que hubiere dado motivo a la consulta.

II. EN EL RÉGIMEN DE 1857

Si en el periodo de 1824 a 1836 el medio de control constitucional era político, en 1836 lo fue un órgano separado de los tres poderes constituidos que fue el Supremo Poder Conservador. En el texto constitucional de 1857 se faculta al Poder Judicial para ser el instrumento que controle la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridades que vulneren las garantías individuales de los gobernados. Utilizando el procedimiento denominado juicio de amparo, mismo que tenía la obligación conforme a los artículos 101 y 102 constitucionales de proteger a los individuos de la República Mexicana contra todo acto o ley que vulneraran sus garantías individuales; además tenía contemplada la protección en las esferas competenciales entre la federación y sus entidades, siempre y cuando estuvieran inmersos los gobernados en esta relación.

Existe una gran literatura respecto al juicio de garantías, sin embargo para los efectos prácticos de este trabajo nos remitiremos a dos paradigmas importantes que se resolvieron en el periodo de la segunda ley reglamentaria del juicio de amparo, específicamente nos referiremos a los denominados *amparo Morelos* y *amparo Puebla*, mismos que tienen la característica principal de ser el reflejo de una protección constitucional en todas y cada una de las actividades de las autoridades; es decir, la no

existencia de una improcedencia a interponer este juicio de garantías en la materia electoral.

Hablar de la incompetencia de origen lema que simbolizó a los dos paradigmas propuestos el remontarse a un medio de control constitucional absoluto, el cual contempla como único límite a la Constitución y que deja constancia plena de que el derecho o el cumplimiento al estado de derecho es la única fuente capaz de legitimar o deslegitimar a las autoridades. No tomar en cuenta un supuesto de tal naturaleza puede traer consecuencias graves a las autoridades que caigan en desgracia de ser deslegitimadas por el no cumplimiento a disposiciones constitucionales, más aún, cuando al verse desposeídas de éste hábito que proporciona el estado de derecho utiliza la fuerza para hacerse respetar originando una repulsa del pueblo de la fuerza por la fuerza.

El primero de los paradigmas que se abordará en este estudio será el relativo al *amparo Morelos*, mismo que en su procedimiento deja constancia de lo que en líneas anteriores se ha señalado.

Lo que de origen fue la queja de la aplicación de una ley de presupuestos en 1873, se convirtió en el paradigma de la procedencia del amparo en cuestiones de legitimidad, denominada en ese tiempo incompetencia de origen.

Desde su tramitación hasta su resolución el *amparo Morelos* dejó clara la intervención de los quejosos de que más que impugnar la ley de presupuestos del 12 de octubre de 1873, era objetar la legitimidad tanto del Congreso Estatal de Morelos, como la del mismo gobernador de ese Estado. Desatándose en el medio jurídico diversas disertaciones en pro o en contra, respecto a la intervención del máximo tribunal del país en cuestiones de legitimidad.

Los primeros tomando como fundamento el sistema republicano representativo y popular hacían el señalamiento de que los estados estaban obligados a seguir estos lineamientos en sus constituciones locales y de no ser así las autoridades que enumeran de ese sistema contrario el de la Constitución federal deberían ser consideradas como ilegítimas e incompetentes.

Los otros por el contrario reclamaban la autonomía de los estados y pugnaban porque los actos de los estados fueran resueltos por los propios estados haciendo ver que el cuestionamiento de la legitimidad de las autoridades por parte de una autoridad federal sería el entrometer el ámbito

federal en el local, es decir, habría una violación a la soberanía estatal por una autoridad federal.

La implicación que tuvo la resolución emitida por nuestro máximo tribunal en esa época dejó constancia que si bien la aplicación o ejecución de la resolución emitida en el *amparo Morelos* presentó en su momento serias dificultades debido a que los factores reales del poder que se encontraban inmersos en la controversia de este amparo no podían permitir que el ensayo que representaba la reelección de gobernadores y legisladores locales como paso previo a la reelección del entonces presidente de la República Sebastián Lerdo de Tejada, concluyera con una resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sin embargo dejó también constancia esta resolución de la Suprema Corte de que bastaba la simple declaratoria de que la actuación de las autoridades era contraria al texto constitucional para que la sociedad dejará de reconocer en la autoridad la legitimidad que requería para llevar a cabo todas y cada una de sus actuaciones.

Es por esto que la resolución que se emita de los órganos encargados de controlar y vigilar la constitucionalidad de leyes y actos de las autoridades sea lo más concreto, objetivo y apegado a derecho; ya que de lo contrario en lugar de regular la constitucionalidad y de regresar a la normalidad de la misma, mal aplicada, podría crear conflictos entre los actores de las controversias de carácter constitucional.

III. AMPARO MORELOS

El haber otorgado al juicio de amparo el rango constitucional en la constitución de 1857 daba constancia de la importancia que el mismo iba adquiriendo dentro de la sociedad. Sin embargo nunca como en los años de 1874, 1875 y 1876, se dejó sentir el deseo por el estudio y el análisis del amparo en materia constitucional, esto producto de dos amparos: el denominado *amparo Morelos* y el *amparo Puebla* cuya sustancia radicaba en el análisis de la legitimidad de las autoridades estatales; en el primero de los mencionados destacan las siguientes características:

Teniendo como finalidad primordial el cuestionamiento de la legitimidad del gobernador de su Estado, así lo constata la demanda presentada y cuyo extracto señala.

Es un hecho que nosotros lo mismo que la inmensa mayoría de los habitantes del Estado de Morelos somos víctimas de una presión punible ejercida por el que se titula su primer magistrado, cuando la verdad es que su elevación al sillón del gobierno no es obra sino del más escandaloso abuso de los poderosos elementos oficiales que pueden emplearse, para falsear la opinión pública en el terreno electoral. Esto dicho así, parecerá uno de tantos lugares comunes que se aventuran con ligereza y sin la comprobación bastante y formal, para poder figurar dignamente entre los hechos que se sujetan a la severa apreciación de un juez imparcial y justificado.

En tal entorno la citada demanda resaltaba en cada uno de sus cuestionamientos la legitimidad tanto del gobernador como de uno de los diputados de nombre Vicente Llamas, considerando que ambos no habían cumplido con los requisitos enunciados en el texto constitucional local.

Dando un espacio breve el cuestionamiento esencial de que la Ley de Hacienda del 12 de octubre de 1873 no reunía los requisitos para todo tipo de contribución exigidos por el texto constitucional federal de 1857, requisitos tan utilizados ahora como los principios de proporcionalidad y equidad.

Los demandantes, insistían en negar la posibilidad del gobernador para reelegirse al no haber cumplido con los requisitos exigidos para tal fin por su Constitución local trayendo como consecuencia que la contribución impuesta no cumplía con los requisitos de una ley, ya que su publicación se había dado por una autoridad incompetente violando con esto lo estipulado por el artículo 16 constitucional, es decir haberse dado por autoridad competente.

Respecto a la resolución del juez de distrito es de destacar lo siguiente:

De los 18 considerandos, que consta la resolución del juez de distrito once de ellos se relacionan con el quórum y la elección del diputado Llamas destacando:

El considerando primero que destacaba lo siguiente:

Que conforme al derecho constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, consignado con el artículo 61 de la Constitución Federal de 1857, uno de los fundamentos generales de las instituciones políticas adoptadas por el pueblo de la República Mexicana, es que el poder Legislativo de la Unión, no puede ejercer ninguna de sus funciones, anexas a su encargo como tal poder Legislativo, sin la concurrencia precisa e indispensable de la mitad y uno mas del número total de sus miembros.

Como es de observarse este considerando hace mención al funcionamiento que debe seguir el Poder Legislativo para llevar a cabo sus asambleas, es decir el quórum necesario para la actividad del Congreso señalado en la Constitución Federal. Amén de declarar en ulteriores considerandos la integración anticonstitucional de tal poder legislativo local ya que se encontraba integrado por un diputado que adolecía de los requisitos señalados por el texto constitucional local, recayendo tal vicio en la persona del diputado Vicente Llamas el cual era jefe político y por lo tal no podía ser diputado local.

Los restantes siete hacen referencia a las reformas del artículo 149 de la Constitución de Morelos en la cual se otorgaba la reelección bajo el supuesto de que el mandatario hubiera dejado pasar igual período de su mandato fuera para ser reelecto.

Olvidándose por completo de la proporcionalidad y equidad que se exigían para el cobro de impuestos consignadas a nivel constitucional.

Duodécimo: Que por lo que respecta a los actos electorales relativos al ciudadano gobernador general Francisco Leyva, la justicia federal, no tiene porque entrar al examen de ellos, cualesquiera que sean por otra parte las irregularidades ó atentados que se hubiesen cometido al ejecutar tal acto; pero si se ha de tomar en consideración que la reforma que abrió la puerta a la reelección no fue hecha conforme a la prevención del artículo 149 de dicha Constitución, pues resulta probado en autos por las constancias del periódico oficial del Estado, de los días del 7 de julio, 1o. y 15 de diciembre de 1871, y 2 y 5 de enero de 1872 que una sola legislatura fue la que formuló y aprobó dicha reforma.

Décimo tercio: Que por lo mismo de no haber sido reformada en esta parte la primitiva Constitución de Estado en los términos que establece el artículo 149 de la misma, no puede tenerse por constitucionalmente reformada o modificada la letra del artículo 66 que dice: “El gobernador durará cuatro años en su cargo y no podrá ser reelecto hasta que haya pasado igual periodo”.

Décimo cuarto: Que vigente esta prohibición para los efectos del artículo 16 de la Constitución general, no puede figurar el general Leyva como autoridad competente para hacer ejecutar la ley que en el caso particular motiva la queja de los Sres. Portillo y Gómez, de la Torre, Bermejillo, García Icazbalceta (hermanos) y Guerra, solicitando amparo contra el acto mandado ejecutar para aplicar dicha ley.

Décimo quinto: Que por las consideraciones expuestas resulta que todo poder público que no dimana constitucionalmente del pueblo conforme

al artículo 39 de la Constitución Federal no es ni puede ser la delegación constitucional que establece y requiere en los poderes de los Estados el artículo 41 de la misma Constitución Federal.

Décimo sexto: Que la usurpación de un poder público en todo ó en parte del personal que lo ejerza, no puede ser obra del gobierno representativo, democrático Federal que establecen los artículos 40 y 109 de la Constitución Federal, y que todas las autoridades del país tienen el deber de respetar y sostener según lo ordena el artículo 1o. de la misma.

Décimo séptimo: Que esta protección tutelar que todas las autoridades de la República deben impartir a todos los habitantes de la misma, para sostener las garantías constitucionales, no se opone a la soberanía de los Estados que necesariamente reconoce las limitaciones que expresa el pacto federal en los artículos 40 y 41 y otros concordantes.

Décimo octavo: Que una de estas limitaciones es la que la justicia federal, puede hacer la calificación de si un acto o ley, aun cuando sea del régimen interior de los estados, viola o no las garantías individuales, pues según el artículo 101 de la Constitución de 1857, los tribunales de la Federación tienen competencia para resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de toda autoridad que violen las garantías constitucionales.

Como se desprende de este breve análisis llevado a cabo en la demanda del *amparo Morelos* es menester destacar que el juez de distrito por no contar con una amplia gama de recursos de protección constitucional como se tiene en la actualidad; es decir acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, revisión constitucional, se veía obligado a ubicar dentro de los derechos fundamentales del hombre esto que constituía una violación al texto constitucional federal y que si se hubiera mantenido o se le hubiera otorgado la facultad de anular leyes o decretos contrarios a la Constitución federal como lo hacia el Poder Legislativo en 1824, sin un procedimiento tan abstracto y que permeaba entre lo jurídico y lo político hubiera bastado con la confronta del texto de la Constitución del Estado de Morelos con su símil de la Constitución de 1824 y del acta de la misma fecha para que tal disposición se hubiera considerado nula; sin embargo representa un instrumento político de ese entonces tratando de controlar la reelección con un medio jurídico y como se podrá constatar con las notas siguientes puso en graves aprietos y evidenció que cuando se contraponen lo jurídico y lo político el primero se ve seriamente afectado en su credibilidad y cumplimiento.

IV. AMPARO PUEBLA

El segundo de los paradigmas aunque de temporalidad idéntica al *amparo Morelos* sus peculiaridades en cuanto a la ejecución y cumplimiento de la resolución emanada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación deja ver la importancia de las resoluciones emitidas por nuestro máximo tribunal y la consecuencia inmediata que se da cuando se declara que una autoridad ha vulnerado el pacto signado entre gobernantes y gobernados.

De manera contundente, el *amparo Puebla* deja constancia de la actuación de la sociedad ante el incumplimiento de una resolución de nuestro máximo tribunal. Aunque menos conocido que el *amparo Morelos*, el *amparo Puebla* presenta los siguientes aspectos:²

Otro ejemplo de la lucha entablada entre la política y el derecho se ve representada con el *Amparo Puebla*,³ documento que de manera genérica presenta las siguientes peculiaridades:

Se inicia por el cobro del impuesto de alcabalas es decir el cobro que se realizaba por el traslado de mercancías de un estado a otro y que durante el gobierno de Benito Juárez se distinguió por cobrarles o no cobrarles de manera indistinta llevando para este fin las reformas constitucionales pertinentes.

Sin embargo es de notar que el concepto de ilegitimidad en este juicio de garantías se presenta de manera indirecta, por lo que respecta al gobernador, ya que la ilegitimidad en primera instancia se ciñe al tesorero estatal y se hace ver que es ilegítimo porque a su vez fue nombrado por una autoridad ilegítima (el gobernador), ya que se señalaba, la demanda de garantías que no se podría considerar como titular del Ejecutivo Estatal a alguien que había utilizado la fórmula satánica de la reelección llevando a cabo para tal efecto infinidad de acuses como la reforma a su texto Constitucional local, sin embargo lo trascendental del *amparo Puebla* radica en la ejecución, ya que si bien en el *amparo Morelos* nunca se realizó tal ejecución en el *amparo Puebla* esta si se dio obligando al Gobierno a regresar los productos embargados al C. Arriola y que trajo co-

² Periódico *El Monitor Republicano*, México, quinta época, núm. 24, jueves 28 de enero de 1875. El documento que se presenta contiene su ortografía y sintaxis originales.

³ Periódico de jurisprudencia y de legislación *El Foro*, México, viernes 20 de noviembre de 1874, t. III, pp. 474-476.

mo consecuencia el desprestigio moral del entonces gobernador Ignacio Vargas Romero, ya que los habitantes del Estado de Puebla habían visto la resolución del juez de distrito y de nuestro máximo tribunal en la cual se protegía y amparaba al C. Arrijoja considerando que tales cobros se habían realizado por autoridad incompetente, mismo que había nombrado al tesorero, estos podrían utilizar los mismos argumentos para no realizar el pago de cualquier otro impuesto. Según se puede constatar en el periódico de la época el *Monitor Republicano*, después de esta resolución sólo le quedaba al gobernador estatal el uso de la fuerza misma que fue utilizada en contra de varios municipios que pretendieron sublevarse a su autoridad tomando como base la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Obligando también al congreso “presionados por los gobiernos estatales”, a expedir una ley que tajantemente señalaba, la prohibición de cualquier órgano e institución de calificar la legitimidad de los poderes estatales no siendo congresos electorales.

Sólo a los colegios electorales corresponde resolver sobre la legitimidad de los nombramientos que conforme a la Constitución Federal ó a la de los estados deba verificarse popularmente; en consecuencia, hecha la declaración respectiva por un colegio electoral, por el Congreso de la Unión ó por las legislaturas en su caso, ningún poder, autoridad o funcionario de la federación podrá revisar ni poner en duda los títulos de legalidad de un funcionario federal o de los estados procedentes de aquella declaración “la infracción de esta ley se castigará con las penas establecidas en el capítulo VII, título 11 del Código Penal”.

Sobre estos dos casos Vallarta señalaba lo siguiente con respecto a la actuación de los jueces en estos amparos: “y jueces ha habido que han hecho del amparo una arma política para herir a sus enemigos, jueces que han querido derogar una ley electoral e impedir una elección, jueces que se han creído revestidos de facultades discrecionales para administrar justicia...”.

Tanto en el *amparo Morelos* como en el *amparo Puebla* las cuestiones de carácter electoral y la violación de derechos fundamentales fueron el contenido, la sustancia que dio origen a resoluciones de los medios de control constitucional que si bien se inclinaron a la protección de los derechos fundamentales, trajo consigo la separación en la legislación mexi-

cana de los derechos fundamentales y los derechos políticos, situación que continúa en parte en nuestros días; pero cuya tendencia tiende a desaparecer no sin antes considerar de relevancia las resoluciones emitidas a los casos de Manuel Camacho Solís y Jesús Castañeda. El primero interponiendo un amparo contra el procedimiento de reformas a la Constitución Federal en donde inmerso el artículo 122 en dicha reforma se le impide participar en el procedimiento de elección de quien ocupará el cargo de jefe de gobierno del Distrito Federal.

Dándose la discusión respecto a que si impugna lo antes señalado o la finalidad no cumplida respecto a lo estipulado al artículo 135 constitucional. Y el segundo directamente a su negación para participar como candidato independiente.

En ambos casos las resoluciones emitidas tuvieron efectos distintos; ya que si bien en el caso del amparo de Manuel Camacho Solís, la resolución emitida por mayoría en el amparo en revisión solicitado le favoreció; poco pudo hacer respecto a su interés particular, ya que las elecciones en las que pretendía participar durante el procedimiento o tramitación de tal amparo estas se realizaron.

En el caso de Jorge Castañeda a pesar de ser negativa la resolución acudió a instancias internacionales y en la actualidad se esta considerando la posibilidad de la reparación del daño por no habersele permitido participar como candidato independiente en las pasadas elecciones presidenciales, tal resolución internacional desde luego ha tenido consecuencias, las cuales son visibles en el reconocimiento del triunfo de un candidato independiente en las pasadas elecciones de Yucatán.

Siendo esto más que elocuente que el abismo entre derechos fundamentales y derechos políticos en la legislación mexicana; está dejando de ser tal y ambos tienen que ser respetados y contemplados en las futuras resoluciones de nuestro máximo tribunal a nivel nacional.

Desde 1994 la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convirtió por medio de las reformas de 1994 en tribunal constitucional encargado no sólo de resolver los juicios de amparo sino que además se le facultó para resolver lo que las reformas denominaron medios de control complementarios, dando origen a las resoluciones de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Estos medios de control constitucional complementarios han servido para que órganos de poder y niveles federal o local, así como poderes constituidos, o partidos políticos puedan manifestarse en contra de actos o normas que contrarían el texto constitu-

cional, teniendo nuestro máximo tribunal que emitir las resoluciones respectivas a los casos planteados.⁴

De los cuales se pueden advertir las siguientes características:

Después de un procedimiento de una instancia el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del auto o norma planteado. Observándose que el emisor del acto o norma declarado inconstitucional, además de acatar y cumplir con el fallo respectivo, carga con el peso de que la sociedad donde se desarrolla su actividad lo considera como infractor del texto fundamental y esto de manera reiterativa puede ocasionar que esta misma no cumpla con algunas determinaciones de tal autoridad por considerar que estas podrían estar al margen de la Constitución federal.

Situación distinta podemos observar cuando el mismo órgano se encarga de investigar la violación grave de garantías individuales violación a garantías individuales. Es tan importante esta declaratoria que en ocasiones, basta esta simple declaratoria del órgano encargado para que los responsables de tal violación sientan los efectos políticos y sociales de ella, teniendo en el mejor de los casos de renunciar al puesto o al cargo que desempeñan tal situación la podemos observar de manera objetiva, en el informe emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitido en el caso Aguas Blancas.

El no respeto de la Constitución Federal por la federación, poderes constituidos federales o locales, asambleas legislativas, municipios, partidos políticos, etcétera, puede dar origen:

- 1) A que se llegue a considerar la posibilidad de mencionar a cualquiera de los autores que resultaran infractores del texto constitucional.
- 2) Que se incrementen los medios de conciliación para la resolución de estos conflictos.

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, novena época, junio de 1996, t. III, p. 460. Solicitud 3/96. Petición del presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que La Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución federal.

Ministro ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alfredo Villeda Ayala. México, Distrito Federal, acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al día 23 de abril de 1996.

- 3) Que se culpe al órgano resolutor de no ser imparcial en estos asuntos y se pugne por crear órganos nuevos que sirvan de control constitucional.
- 4) Tratar de influir en la designación de los integrantes de estos medios de control constitucional.

Las resoluciones que emita el órgano de control constitucional deberán ser lo más apegadas a derecho debiendo ser claras y objetivas respecto a su contenido, determinando el cómo y cuándo de tal resolución no dando pauta para interpretaciones distintas o diferentes al resolutivo emitido ya que el impacto en la sociedad de tal resolución es determinante para la continuación del Estado de derecho.

En esta nueva dinámica es conveniente señalar que parecido a lo que ocurrió en el régimen de 1824, las entidades estatales han incluido en sus textos constitucionales medios de control constitucional análogos a los contemplados en la Constitución federal trayendo consigo el inicio del desarrollo de la justicia constitucional local, en donde se pueden ya apreciar algunos resultados derivados de las resoluciones emitidas por las instituciones creadas para tal finalidad.

COSA JUZGADA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Objeto del control de constitucionalidad*. III. *Efectos de la cosa juzgada en las modalidades previas y automáticas del control constitucional*. IV. *La cosa juzgada aparente*.

I. INTRODUCCIÓN

El viejo principio plasmado en la expresión latina “*res judicata pro veritate habetur*” tiene trascendental importancia y goza de características especiales en los sistemas de control de constitucionalidad. Diríase que la función judicial de defensa de la Constitución sería por completo inútil —y fracasaría, por tanto— si no fuera por el respaldo que le ofrece la aplicación y efectividad de la *cosa juzgada*.

En efecto, de la esencia del control constitucional —que persigue *asegurar* el imperio de la Constitución— es el carácter definitorio y definitivo de las decisiones adoptadas por los jueces o tribunales que lo tengan a su cargo. Una sentencia mediante la cual se declare la contradicción entre una norma inferior y la Constitución (inconstitucionalidad)¹ flaquearía en el logro del cometido propuesto si, pese a su obligatoriedad teórica, en la práctica el legislador o el órgano productor de la disposición declarada

* Constitucionalista colombiano egresado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; catedrático en Derecho constitucional general y colombiano en las universidades Javeriana, Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, Católica de Colombia y Santo Tomás.

¹ En Colombia se utiliza la expresión *inexequibilidad*, que significa, como consecuencia de la oposición entre la norma examinada y la Constitución, la general y definitiva inaplicabilidad de aquélla, así como su forzosa exclusión del sistema jurídico.

inconstitucional pudiera reproducirla, con iguales efectos e identidad material, en un precepto formalmente distinto. O si, dictado el fallo que expulsa la norma del sistema jurídico, el mismo tribunal que lo profirió u otro² pudiera volver sobre el tema tratado para resolver lo contrario y reincorporar la norma al ordenamiento, dentro del criterio de su constitucionalidad. Ello significaría, ni más ni menos, la erosión del sistema de control, en cuanto ninguna seguridad jurídica tendrían las decisiones del juez de constitucionalidad. La función de defensa de la Constitución se tornaría inestable, y hasta sobraría.

Pero se precisa introducir distinciones acerca del alcance del principio en materia de control constitucional, ya que de una parte no tiene, en este campo, las mismas características aplicables a las decisiones judiciales en otras ramas del derecho, y, de otra, una concepción inflexible de la cosa juzgada constitucional, haciéndola absoluta en todos los casos, implicaría también un debilitamiento de la función, maniatando a los jueces hacia el futuro. Piénsese, por ejemplo, en un fallo declaratorio de la constitucionalidad de una ley respecto del cual se sostuviera la cosa juzgada absoluta, no obstante que el examen efectuado por los jueces constitucionales únicamente hubiese completado algunos aspectos de posible confrontación entre las disposiciones objeto de proceso y las normas fundamentales. Así, las demás cuestiones que pudieran ser planteadas ya no podrían, en adelante, ser objeto de fallo, frustrándose así el propósito de garantizar a plenitud el imperio del orden constitucional.

¿Cómo se logra, entonces, equilibrar la aplicación del principio de la *cosa juzgada* para que, en realidad, a través de la actividad de los jueces constitucionales, prevalezca ese otro gran principio que es la *supremacía constitucional*?

Procedamos al análisis, sin perder de vista un elemento inevitable: es muy difícil que las reglas aplicables para la indicada finalidad sean de carácter normativo. No podemos asegurar que todos los eventos posibles sean previstos con fortuna en abstracto, mediante artículos imperativos e inflexibles. Deben ser los propios jueces constitucionales los que, en su jurisprudencia, tracen las pautas que al respecto hayan de ser observadas.

² Entendiendo que estamos hablando de fallos inapelables o de única instancia. En los sistemas en que hay doble instancia, la providencia del juez de primer grado está sujeta a la decisión que adopte el superior, la cual obviamente puede revocar o modificar el fallo inicial. Mientras éste no se encuentre en firme, no se puede hablar de cosa juzgada.

II. OBJETO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La organización estatal asume una determinada forma y adopta una cierta estructura jurídica en la que concreta los valores, principios y reglas establecidos por el titular del poder político dominante. Los fundamentos de esa organización, o, si se quiere, las bases en que se apoya ese Estado integran lo que denominamos *Constitución*. Bajo esta perspectiva, el Estado requiere siempre de una *Constitución*, lo que significa que, en sentido general, no se concibe un Estado que carezca de ella.

Manuel García Pelayo lo advierte, para señalar el concepto primigenio de Constitución:

...la Constitución forma parte integrante del orden estatal, pues el Estado es una unidad de poder que actúa mediante el despliegue de tal poder. Mas para la existencia de dicha unidad, y para hacerla actuante se precisa una organización, y esta organización de los poderes públicos es precisamente la Constitución. En verdad que ni la organización del Estado se agota en la Constitución, ni ésta se agota en la organización del Estado; pero sí es, en una u otra forma, parte integrante y supuesto de la existencia de ésta.

La Constitución forma parte de la estructura política, pues todo el pueblo tiene una manera concreta de existir políticamente: es monarquía o república, federación o Estado centralizado, individualista o colectivista, tranquilo o convulsivo, etcétera, y un aspecto parcial de esta forma de existencia se hace patente por la constitución. Además, toda Constitución representa de manera racional o tradicional, absoluta o de compromiso, una concreción de valores políticos, y cualquiera que sea la expresión de sus normas —legal o consuetudinaria, sistemática o asistemática— cabe descubrir en su base unos “principios” políticos sustentadores. Y, en fin, las fuerzas político-sociales se convierten en estatales y sus directivas programáticas se transforman en normas jurídicas por y a través de la estructura constitucional.

Mas todo esto no quiere decir que se trate de tres objetos independientes entre sí, ni de que la Constitución signifique, por tanto, una denominación que cubra tres tipos de realidades. Se trata, por el contrario, de tres momentos de una misma realidad, que como tales no sólo se suponen, sino que se condicionan mutuamente. Pues, por un lado, las competencias en las que se expresan las normas de organización del orden jurídico no pueden ser otra cosa que una organización del poder del Estado y de su ejercicio; al tiempo que uno de los factores que convierten a una pluralidad de normas en un orden jurídico positivo e históricamente concreto es precisa-

mente esa unidad de poder que se hace posible a través de la Constitución. Por otro lado, la organización de poderes y su ejercicio se expresan en normas jurídicas y no pueden menos de expresarse y actuar con arreglo a ellas, ya que éstas representan la forma más segura y perfecta de organización.³

Ahora bien, aun en los casos de organizaciones no democráticas, los titulares del poder estatal tienden a preservar la Constitución adoptada, ya que ella consagra la esencia de su fundamento ideológico y político, a la vez que centraliza las reglas impuestas, pactadas o acogidas —depende de la forma de gobierno adoptada y de cuál haya sido el desenvolvimiento del proceso político que condujo a la implantación del respectivo régimen o sistema—, por lo cual, en el entendido de que la Constitución es de naturaleza y origen eminentemente político, la subsistencia de la específica organización estatal exige que se proclame la supremacía de aquélla.

En un sistema democrático, puesto que la soberanía reside en el pueblo y se entiende que los derechos y las libertades de sus integrantes, además de la estructura del Estado, son también objeto del contenido de la Constitución, deben ser asegurados el imperio y fortaleza de sus normas. Mucho más cuando se trata de Constituciones escritas, ya que —si nos acordamos de los orígenes del constitucionalismo—, la letra misma de la Constitución ha representado siempre una garantía.

En ese orden de ideas, el Estado debe salvaguardar la vigencia efectiva de la Constitución como norma básica, o norma de normas, dentro del propio sistema jurídico que en ella se funda. Si los órganos constituidos pueden establecer y hacer exigibles normas jurídicas, es imprescindible la certidumbre acerca de que ellas no serán proferidas por fuera de las reglas constitucionales o contra sus valores o mandatos.

Surge, entonces, el principio de supremacía o suprallegalidad de la Constitución.

Acerca de tal principio hemos expresado:

La Constitución, como estructura que configura y ordena al Estado y como expresión y resultado de la decisión política soberana en cuya virtud es establecido el ordenamiento jurídico, es la *norma fundamental* dentro del

³ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 101.

mismo. Las normas creadas por los órganos constituidos no pueden oponerse a las que integran el sistema básico adoptado por el Constituyente. La validez de todo precepto en las distintas escalas de la jerarquía normativa deriva necesariamente de su ajuste a las disposiciones del más alto nivel, que en el orden interno son las constitucionales, como lo enseña Hans Kelsen.

El principio de *supremacía* o *supralegalidad* de la Constitución, del cual es consecuencia la previsión de mecanismos de control de constitucionalidad, aplicables a las normas inferiores, tiene dos aspectos: uno *formal* y otro *material*. En virtud del primero, la superior jerarquía de la Constitución se traduce, especialmente cuando se trata de constituciones escritas, en la existencia de procedimientos más complejos y difíciles para su reforma, “agravados” respecto de los ordinarios, señalados en la propia Constitución para la expedición de las leyes y otras normas; y en tal sentido sólo es válida la reforma constitucional adelantada con estricto arreglo a los trámites, requisitos y procedimientos señalados. Por el segundo se entiende la prelación de *contenido*, a favor de la Constitución y sobre las normas que expiden los órganos constituidos.

La Constitución hace parte del orden jurídico del Estado, pero no de cualquier manera: ella lo instaura y otorga fundamento a las demás piezas que lo integran.⁴

Apunta Bidart Campos acerca del fundamento contemporáneo y los alcances del postulado de la supremacía constitucional:

El orden jurídico de todo estado tiene siempre un *fundamento positivo*, que es la Constitución. Dentro del orden normativo esa Constitución puede estar formulada por escrito, puede estar dispersa en varias leyes, puede ser consuetudinaria en forma total o parcial, etcétera, pero siempre tiene expresión de deber ser. En el orden de la realidad también hay una Constitución, que puede ser coincidente con la normada legalmente —ello ocurre cuando ésta se cumple exactamente—, o puede ser distinta y opuesta. De todas maneras, *no hay Estado sin Constitución*. Y es esta Constitución la que apoya, sustenta y da fundamento al orden jurídico del estado.

En un primer sentido, la supremacía de la Constitución enuncia algo fáctico: la Constitución es suprema porque es el *primer fundamento del orden jurídico* y del Estado; ella hace que todo lo demás sea de una manera determinada y no de otra.

⁴ Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001, p. 67.

Sin embargo, el constitucionalismo moderno, sin perder esta orientación, ha impreso a la idea de supremacía de la Constitución un matiz típico y peculiar; no desconoce que la constitución es la piedra basal, en función de la cual todo el edificio jurídico tiene una concreta estructura, pero quiere añadir algo más. La Constitución es suprema, y por ser suprema obliga normativamente a que las ulteriores normaciones jurídicas se ajusten a sus disposiciones, so pena de reputarlas *anticonstitucionales* y, por ende, afectadas de *nulidad*. Ya no es una supremacía puramente existencia; no dice que todo el orden jurídico sea de tal modo y no de otro porque la constitución le confiera un fundamento determinado y no otro; dice que todo el orden jurídico debe subordinarse a las normas de la Constitución, y que si así no lo hace, se verá privado de validez. La validez de ese orden se imputa a la norma constitucional originaria. Es, entonces, un problema de validez y no de facticidad.

¿A qué Constitución se refiere este segundo sentido cuando la erige en norma fundamental y originaria de validez? No a la Constitución como hecho o vigencia, sino a la Constitución como texto sistemático, o a lo menos, como conjunto de leyes constitucionales. No es común que una Constitución consuetudinaria se invoque como suprema para derivar de ella las restantes normaciones, y para invalidarlas si la contrarían.

La noción moderna de la supremacía constitucional se compagina con la imagen kelseniana del orden jurídico; dentro de éste, hay planos o estratos que regulan la creación de los sucesivos, y se relacionan entre sí con vínculos de supra y subordinación. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta, y la creada según esa regulación, inferior a aquélla; el orden jurídico, dice Kelsen, implica una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas; supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto en el derecho positivo de un Estado.⁵

La imposición de la Constitución como suprema obliga a los órganos de creación de normas derivadas a restringir su actividad dentro de los límites señalados por la Constitución; de allí que ésta debe ser escrita, para que tales competencias conozcan sin lugar a dudas las previsiones normativas que han de respetar y obedecer.⁶

⁵ Dice Felipe Tena Ramírez que la supremacía teórica de la Constitución responde no sólo a que es la expresión de la soberanía, sino también a que por serlo está encima de todas las leyes y autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Supremacía dice calidad de suprema, que por ser emanación de la autoridad más alta corresponde a la constitución; en tanto que primacía denota el primer lugar que entre todas las leyes ocupa la constitución. *Derecho constitucional mexicano, cit.*, pp. 53 y ss.

⁶ Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1968, t. I, pp. 207-209.

Desde luego, para que la jerarquía superior de la Constitución y su prevalencia sobre las disposiciones que expidan los órganos estatales sean efectivas, lo que en últimas implica que en la práctica se establezca la validez de tales normas, es necesario que alguien *las defina*. Tiene que hacerlo también un órgano constituido, creado por la Constitución y dotado por ella misma de la autoridad necesaria para decidir acerca de esa validez.

Se trata de *definir*, esto es, de resolver en últimas si una norma determinada es compatible con la Constitución, y en consecuencia válida, o si es incompatible, y por tanto debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al cumplimiento de la descrita función del control de constitucionalidad, juega papel importante la seguridad jurídica, y ésta no se logra sino sentando el principio según el cual, una vez tramitado el proceso correspondiente y definida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición sometida a análisis, no puede volverse sobre el punto ya tratado, con independencia del sentido de la decisión. Ese es el principio de la cosa juzgada, que opera en todas las ramas del derecho, confiriendo certidumbre a quienes toman parte en los procesos judiciales, y que en el terreno constitucional es insustituible para salvaguardar la intangibilidad de las decisiones proferidas por el órgano encargado de la defensa judicial de la Constitución.

Las peculiaridades de cada sistema de control dependen de las normas constitucionales y legales que, en el respectivo Estado, se dicten para estructurarlo, lo que incide en la imposibilidad de sostener con absoluta precisión y en un sentido inmutable cuáles habrán de ser los presupuestos y las consecuencias de que haya operado en un cierto caso la cosa juzgada, así como en torno a los efectos jurídicos que dentro del mismo sistema producirá la eventual transgresión del principio, si ocurriese que se falla de nuevo sobre lo ya resuelto, o si se llegase a reproducir la norma expulsada del ordenamiento jurídico por parte del juez constitucional.

Empero, en términos generales podemos indicar que, para los efectos de la adquisición del carácter definitivo de un fallo —es decir, para que se entienda que alcanzó la autoridad de la cosa juzgada— es necesario que, habiendo previsto las normas pertinentes el trámite de una sola y única instancia —normalmente la del tribunal constitucional—, se haya agotado dicho trámite a plenitud y se haya votado, previo debate, acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el seno del órgano correspondiente, tal como lo dispongan las disposiciones aplicables.

Aunque el principio de la cosa juzgada es inherente a la función del juez constitucional, toda vez que sus fallos han de tener un carácter definitivo que resguarde la intangibilidad de la Constitución y que sancione las normas que pretendan oponérsele, por lo cual no sería indispensable que fuera explicitado normativamente, las constituciones y las leyes relativas al sistema de control constitucional suelen aludir, con distintas expresiones, a esa propiedad de las sentencias dictadas en la materia.

Así, por ejemplo, el artículo 243 de la Constitución colombiana declara:

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

La Constitución chilena de 1980 estipuló:

Artículo 83. Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En los casos de los números 5 y 12 del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

La Constitución Española de 1978, sobre el Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, establece:

Artículo 164. 1. Las sentencias del tribunal constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

La Constitución italiana de 1947, en sus artículos 136 y 137 estipuló:

Artículo 136. Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto de fuerza de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia.

La resolución del Tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales interesados a fin de que, si lo consideran necesario, provean con arreglo a las formalidades previstas por la Constitución.

Artículo 137. Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas, los plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal.

Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal.

Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se dará apelación.

Como puede verse, se atribuye a la decisión que adopta un tribunal constitucional una consecuencia inmediata y definitiva que recae sobre la norma cuestionada, y que tiene fuerza definitiva, esto es, aunque no se utilicen tales términos, se trata de resoluciones que hacen tránsito a cosa juzgada.

Resalto lo pertinente al efecto directo de la sentencia sobre la norma, toda vez que la decisión de un tribunal constitucional no corresponde, como algunos medios de comunicación lo entienden en ocasiones, a un *concepto* u *opinión* que deba ser tomado en cuenta por otro u otros órganos del aparato estatal. Se trata de resoluciones de suyo obligatorias, que no requieren de la anuencia ni de la actividad de otros órganos para ser ejecutadas, ya que inciden inmediatamente en el sistema jurídico. Por lo cual, si el fallo es de inconstitucionalidad, la consecuencia no es la de una recomendación, y ni siquiera la de una orden, a la rama legislativa o a la ejecutiva sobre retiro del ordenamiento de la norma jurídica viciada, sino que la providencia del tribunal constitucional correspondiente tiene la virtualidad, con base en su competencia, de ocasionar la supresión del precepto inconstitucional. Diríase que la sentencia fulmina ese precepto.

De lo dicho se infiere lógicamente que la eliminación de la norma inconstitucional es irreversible, al menos mientras permanezcan en vigor las normas constitucionales con las cuales se hizo la confrontación, y aún en el caso de una reforma constitucional que implicara la desaparición de la confrontación, o la purga de la inconstitucionalidad, como ya el fallo habría excluido ese precepto del ordenamiento jurídico, sería indispensable su restablecimiento por la vía legislativa.

La cosa juzgada constitucional es desarrollo del principio de seguridad jurídica e impide que las decisiones del juez constitucional se adopten en vano.

Se distingue entre cosa juzgada constitucional *formal* y cosa juzgada constitucional *material*. La primera significa que una norma formalmente determinada (una ley, un decreto, un artículo... individualizado) ha sido examinada por el tribunal constitucional y que respecto de esa norma existe un fallo mediante el cual se define si se encuentra o no ajustada a la Constitución. La segunda consiste en que un cierto *contenido normativo* ha pasado por el cotejo de constitucionalidad y respecto a él se ha proferido decisión que lo declara constitucional o inconstitucional.

Si se acoge simplemente el principio de la cosa juzgada formal, se concluirá que, por ejemplo, un precepto claramente identificado e identificable externamente (la ley tal; el artículo tal) es inconstitucional, y se ha retirado del ordenamiento jurídico en cuanto el juez constitucional así lo ha declarado, pero bien podría repetirse el juicio de constitucionalidad sin vulnerar el principio de la cosa juzgada si el mismo contenido normativo se incluye en otro precepto formalmente nuevo y distinto. Se expide otra ley que reproduce la disposición declarada inconstitucional, y puede el juez volver a pronunciarse; bien podría hacerlo en forma diferente, aun sacrificando su propia coherencia, si la confrontación se hace de fondo con los mismos mandatos constitucionales con los cuales se había hecho la primera comparación.

Cuando se acoge, en cambio, el criterio de la cosa juzgada constitucional bajo una perspectiva material, entendemos que se preserva el carácter definitivo del juicio de constitucionalidad en relación con la sustancia del precepto examinado. Vamos al contenido y no sólo al continente. De tal manera que, bajo este criterio, si la norma declarada inconstitucional se reproduce, idéntica en su fondo, en otra norma nueva, este hecho no modifica el fallo, ni tiene la virtualidad de restituir la competencia del juez de constitucionalidad para volver a pronunciarse. Ya sobre ese contenido hay sentencia previa que goza de la autoridad de la cosa juzgada, y mal puede volverse sobre ella mientras permanezcan en vigor las mismas reglas constitucionales a la luz de las cuales se hizo el examen de constitucionalidad. El mismo efecto se produce frente a la declaración de constitucionalidad: puede darse el caso de un código nuevo que reproduce disposiciones del código anterior, algunas de las cuales ya habían sido juzgadas, en la vigencia del viejo código, por el tribunal constitucional y

halladas conformes a la Constitución. El hecho de hallarse ahora en el nuevo código, siendo exactas a las precedentes, no habilita al tribunal para proferir nuevo fallo, menos todavía para declarar ahora que es inconstitucional lo que antes, frente a la misma Constitución, fue encontrado válido.

Es evidente que todo cambia, aun desde el punto de vista material, si lo que sufre mutación es la propia Constitución. Bien puede, en virtud de una reforma, señalar ahora lo contrario de lo que antes establecía; autorizar algo que no autorizaba; o prohibir algo que no prohibía. En tal hipótesis, puesto que la previa confrontación se efectuó en relación con la Constitución anterior, nada impide que sobre una disposición que subsiste y que había sido hallada constitucional con antelación, vuelva el tribunal constitucional a decidir. La cosa juzgada se predicaba de la conformidad con las disposiciones superiores antiguas, lo cual no garantiza que se mantenga respecto de las nuevas.

Así, una norma puede *purgar* su inconstitucionalidad anterior —siempre que no se hubiere pronunciado ya el tribunal constitucional, pues en tal evento ya la ha retirado del orden jurídico y retirada se ha quedado—, o puede acontecer lo contrario: una disposición perfectamente acorde a la Constitución anterior, cae en la *inconstitucionalidad sobreviniente* por haber cambiado las reglas constitucionales. En realidad, en casos como este último, lo que se ha producido es una derogación de la norma por la propia Constitución, y la sentencia de inconstitucionalidad que se pronuncie no hace sino confirmar la derogatoria.

Ahora bien, la cosa juzgada puede ser *absoluta* o *relativa*, según el alcance de la decisión correspondiente.

Dicho alcance depende de la materia sobre la cual haya versado el juicio de constitucionalidad, vista dentro de la perspectiva de la función confiada al tribunal constitucional. Si la norma fue efectivamente cotejada con toda la Constitución y por todos los aspectos, de manera que no quede cuestión alguna por resolver en punto a la sujeción del precepto examinado a las disposiciones superiores, debe admitirse que la cosa juzgada es absoluta; en tanto permanezcan esas normas constitucionales en vigor, ya no podrá intentarse un nuevo análisis de constitucionalidad, ya que todo está fallado.

En cambio, si el estudio de constitucionalidad fue apenas parcial; si se verificó la conformidad de la norma enjuiciada tan sólo respecto a determinados mandatos de la carta política, o si apenas se dilucidaron algunos

aspectos de posible vulneración constitucional, y queda aún la posibilidad —no tratada por el tribunal— de que esa norma pueda ser inconstitucional, la cosa juzgada es relativa: únicamente se predica respecto de lo expresamente examinado por el juez de constitucionalidad, y ello se establece mediante el análisis de la sentencia dictada, por su contenido, tanto en la parte resolutoria como en la motiva.

A nuestro juicio, como lo dijimos antes, la determinación final de si operó o no la cosa juzgada constitucional y con qué alcance, es algo que corresponde al tribunal constitucional. No hay otro camino para definirlo, pues el tribunal constitucional es órgano límite en razón de sus mismas atribuciones.

Sin embargo, creemos que el criterio para fijar el alcance de la sentencia no puede depender de la expresión consignada en tal sentido en el texto de esa misma sentencia: es decir, puede ella haber omitido el señalamiento acerca del carácter absoluto de su dictamen y ser en realidad absoluta la cosa juzgada, en razón del contenido exhaustivo del examen efectuado. O a la inversa: puede acontecer que se haya pretendido, en los términos usados por el tribunal, que hay cosa juzgada absoluta, y con posterioridad encontrar él mismo que en realidad quedaban puntos trascendentales de constitucionalidad por resolver, evento en el cual se verá precisado a rectificar en posterior sentencia, efectuando las confrontaciones que faltaban.

Por supuesto, no debe tratarse en tales casos de minucias o de cuestiones accidentales, sino de problemas de constitucionalidad que tengan verdadera importancia, mirada —se repite— la esencial función del tribunal constitucional, cual es el imperio efectivo del Estatuto Fundamental.

III. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN LAS MODALIDADES PREVIAS Y AUTOMÁTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Algunos sistemas —el colombiano, por ejemplo— contemplan formas de control constitucional *previas y automáticas*.

Entendemos que el control se ejerce *previamente* cuando el momento en que se produce la decisión del tribunal constitucional antecede a la entrada en vigor y a la producción de efectos de la norma objeto del mismo, mientras que es posterior el control que se cumple a pesar de que ya la disposición materia de examen haya entrado en vigencia y esté produciendo efectos.

Reservamos la expresión “*automático*” para referirnos al control de constitucionalidad que tiene lugar por ministerio y mandato de la propia Constitución, sin que para poner en funcionamiento el mecanismo correspondiente sea indispensable que se ejerza alguna acción o se formule una solicitud expresa.

Así, en el sistema colombiano se prevé que los Tratados Internacionales, una vez aprobados por el Congreso, deben ser remitidos dentro de los seis días siguientes, junto con la ley aprobatoria, a la Corte Constitucional, para que ésta defina si se ajustan a la Carta Política o la vulneran, total o parcialmente, tanto en el aspecto de formación o aprobación como en el contenido de sus cláusulas. A esa decisión de la Corte Constitucional se supedita la posterior actividad del presidente de la República sobre el tratado, pues si ha sido declarado exequible⁷ puede ratificarlo o expresar la voluntad del Estado colombiano en el sentido de obligarse por el tratado, al paso que si se declara inexecutable, no lo puede ratificar. En el caso de los tratados multilaterales parcialmente declarados inexecutable, el Presidente de la República no puede ratificarlos sino formulando la reserva correspondiente (artículo 241, numeral 10, CP).

La sentencia en la cual se plasma la decisión de la corte acerca del tratado internacional y su ley aprobatoria hace tránsito a cosa juzgada. Ella es absoluta si se declara exequible, o si se encuentra inconstitucional por razones de fondo (colisión sustancial entre la cláusula y el contenido de la Constitución). Si lo que se halla inconstitucional es la ley aprobatoria por vicios de trámite o de forma, la cosa juzgada es absoluta en relación con ese tema, pero no afecta definitivamente las cláusulas mismas del tratado, que puede ser aprobado de nuevo por el congreso, ya sin vicios y, declarado entonces exequible, si se acomoda a la Constitución, tras lo cual puede ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

En caso de que la corte declare la constitucionalidad del tratado y de la ley, tanto por razones de forma como de fondo, el fallo hace tránsito a cosa juzgada absoluta, y por tanto no hay oportunidad de nueva decisión, en especial considerando que, una vez ratificado el tratado, se genera el compromiso del Estado a nivel internacional, la intangibilidad de ese compromiso y la aplicación de la cláusula *pacta sunt servanda*.

⁷ En el lenguaje jurídico colombiano, como atrás se indicó, se utiliza la expresión *executable* para referirse a la constitucionalidad de una norma. Por ajustarse a la Constitución, es *executable*. Si, por el contrario, la Corte Constitucional concluye que es inconstitucional, se declara *inexecutable*, es decir, por tal razón no puede ejecutarse.

Obsérvese que el control que ejerce la Corte es posterior en relación con la ley aprobatoria y su trámite, pues es previo al tratado, que no ha principiado a producir efectos, salvo el caso de los tratados que excepcionalmente pueden entrar en vigor provisional (antes de ser aprobados por el congreso), en materias económicas y comerciales (artículo 224, CP).⁸

Otra modalidad de control previo y automático —propia del sistema colombiano— es la relativa a las denominadas “leyes estatutarias”, que fueron introducidas en la Constitución de 1991 y que se caracterizan, además de su superior jerarquía, por regular determinadas materias consideradas de primer orden por el constituyente.⁹

Para asegurar la estabilidad de esas leyes, impidiendo posteriores demandas sobre artículos o fragmentos normativos, que impliquen a su vez

⁸ El artículo 224 de la Constitución colombiana dispone: “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al congreso para su aprobación. Si el congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”.

⁹ Los artículos 152 y 153 de la Constitución colombiana disponen: “Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción; f) *Adicionado. A.L. 2/2004, artículo 4o.* La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley PAR. TRANS. *Adicionado. A.L. 2/2004, artículo 4o.* El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la presidencia de la República. El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional”.

“Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

permanentes sentencias en cuya virtud se ocasione la desintegración del conjunto normativo, la Constitución exigió que, una vez aprobado el proyecto de ley por el congreso, pasará al examen de la Corte Constitucional tanto por aspectos formales como por su contenido, de manera que cuando la ley entre a regir se tenga ya la total certidumbre acerca de su plena constitucionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en el sentido de que tal control es exhaustivo, integral y definitivo, en términos tales que la respectiva sentencia hace tránsito a cosa juzgada absoluta, por lo cual no se admiten demandas posteriores que puedan poner en tela de juicio la validez de las normas estatutarias, todas las cuales en adelante se extienden ajustadas a la Constitución.

Como en la práctica se ha encontrado que en ocasiones, pese a la voluntad de la corte, el examen de constitucionalidad no ha sido lo exhaustivo que se quisiera para asegurar la total exequibilidad de los preceptos estatutarios, algunos constitucionalistas propugnan la revisión de la anotada jurisprudencia, para casos en que ostensiblemente una norma supuestamente cobijada por la cosa juzgada absoluta no fue en realidad confrontada con la Constitución.¹⁰

IV. LA COSA JUZGADA APARENTE

Puede darse el caso de una sentencia del tribunal constitucional mediante la cual —en especial cuando se trata de estatutos extensos— una norma se declare constitucional o inconstitucional —y así aparezca en la parte resolutive del fallo—, aunque en realidad no haya sido confrontada

¹⁰ En “Elementos de juicio”, *Revista de Temas Constitucionales*, año II, núm. 5, mayo-septiembre de 2007, la doctora Laura Ospina expresó: “Yo lo que pienso es que los dos casos que hemos estado tratando, tanto el tema de la cosa juzgada absoluta o relativa, como en este caso, el tema del control integral de las leyes estatutarias, pone en evidencia la inconveniencia de un control integral de ese tipo... La jurisprudencia no puede cambiar en la medida que hay unas normas constitucionales clarísimas sobre cómo debe ejercerse el control a propósito de las leyes estatutarias... Pero lo que a uno sí le demuestran estos dos casos, es que realmente no es muy conveniente el control integral y que cierra las puertas a futuras demandas. O lo otro es, que no sé si sería eventualmente admisible, abrir las puertas a esas demandas, cuando se planteen cargos que manifiestamente y probadamente no hayan sido estudiados por la Corte” (Beltrán Sierra, Alfredo *et al.*, “Coloquio sobre la Constitución: su imperio y su defensa”, pp. 221 y 222).

con la Constitución durante el proceso, y en consecuencia no sea posible encontrar en la motivación las razones por las cuales se produjo el juicio correspondiente.

Mal podría atribuirse a una sentencia proferida con esas características el efecto definitorio propio de la cosa juzgada constitucional, ya que ello equivaldría a admitir que puede el juez constitucional, sin dar sus razones, mantener en el ordenamiento jurídico, o retirar del mismo, una disposición que no ha estudiado, y en tal sentido ese juez constitucional estaría disponiendo de la validez y la vigencia de la norma según su voluntad, y no según la Constitución.

En Colombia, el antecedente más próximo se encuentra en la sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, mediante la cual la Corte Constitucional se pronunció declarando la inconstitucionalidad de varias disposiciones que en apariencia habían sido declaradas exequibles en un fallo anterior, aunque sin haberse expresado en la primera oportunidad, ni siquiera en forma mínima, cuál era el motivo para sostener la sujeción de tales preceptos a la carta política.

Vale la pena citar los párrafos pertinentes de la mencionada sentencia:

Como en procesos anteriores, de los cuales resulta el más destacado el que se decidiera mediante sentencia C-397 del 5 de septiembre de 1995, esta Corte halla en la parte resolutive transcrita un aparente obstáculo para resolver acerca de la constitucionalidad de las normas demandadas.

Pero, como entonces, basta cotejar las motivaciones del fallo para concluir sin género de dudas que la cosa juzgada, en relación con la materia que ahora se plantea, no existe, dada la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado.

En efecto, si bien en la parte resolutive de la sentencia se dice que el Decreto 663 de 1993 es declarado exequible, sin distinciones ni restricciones, no hay en el texto de las consideraciones de la Corte siquiera la más breve mención y menos el análisis del extenso estatuto (339 artículos en total, jamás cotejados global ni individualmente con la Constitución en dicho fallo), y se echa de menos el más sencillo razonamiento para concluir en la exequibilidad que luego se declara.

Al respecto, entonces, no puede hablarse siquiera de una cosa juzgada relativa —que consiste en el estudio de una norma a la luz de ciertos argumentos o razones, dejando posibilidad de otros no considerados, pero sobre el supuesto de que, al menos, la normatividad acusada ha sido materia

de examen—, y tampoco de una cosa juzgada absoluta, que mal podría surgir de la nada, sino que se trata de una verdadera inexistencia de motivación; de una plena y total falta del sustento que toda decisión judicial debe exhibir para poder alcanzar firmeza. Estamos, en últimas, ante una cosa juzgada aparente como aquella que removiera la Corte en la mencionada sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1995, cuyas razones cabe ahora recordar.

Ha sido prolija la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de la cosa juzgada constitucional, que significa no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, sino la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexecutable por razones de fondo mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales con los cuales se hizo el cotejo.

La Corte ha estimado —y lo ratifica ahora— que ese principio, de rango superior, debe preservarse en forma estricta, razón suficiente para que la Corporación haya de abstenerse de proferir nuevas decisiones sobre asuntos ya dilucidados en procesos anteriores e, inclusive, se vea precisada a rechazar de plano las demandas referentes a disposiciones cobijadas por fallos que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional.

Por eso, resulta esencial que se observen las pautas trazadas en numerosas sentencias mediante las cuales se hace valer la regla de la cosa juzgada, negando toda ocasión de nuevas controversias sobre normas declaradas executable cuando la propia Corporación, en el texto de la correspondiente providencia, no ha delimitado los alcances de la misma, circunscribiéndola a ciertos aspectos objeto de su análisis. En este último evento, del todo excepcional, a partir de la providencia en que la Corte define lo que fue objeto de decisión y lo que todavía no lo ha sido, caben nuevas acciones públicas sobre lo no resuelto.

La regla básica y fundamental, entonces, es la de que, mientras del fallo no se deduzca lo contrario, la cosa juzgada es absoluta e impide nuevos procesos en torno a normas que ya fueron materia de resolución definitiva y *erga omnes* sobre su constitucionalidad.

Empero, la cosa juzgada constitucional, plasmada en el artículo 243 de la Constitución Política, no puede cobijar determinaciones de la Corte carentes de toda motivación, menos todavía si ellas recaen sobre normas no demandadas y respecto de las cuales no se ha configurado, por su propia decisión, unidad normativa, puesto que en tales eventos la Corporación carece de competencia para proferir el fallo en aquellos puntos que no fueron objeto de demanda ni de proceso, que en ningún momento fueron de-

batidos y en los cuales el procurador general de la Nación no tuvo oportunidad de emitir concepto, ni los ciudadanos de impugnar o defender su constitucionalidad.

Se hace menester en semejantes circunstancias que la propia Corte Constitucional reconozca el error cometido al redactar y transcribir la parte resolutive de su sentencia y proceda, como se hará en este caso, a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Una actitud contraria, que implicara simplemente tener por fallado lo que en realidad no se falló, implicaría desconocimiento de la verdad procesal, voluntaria renuncia de la Corte a su deber de velar por la prevalencia del derecho sustancial sobre aspectos puramente formales (artículo 228 CP), y, por contera, inexplicable elusión de la responsabilidad primordial que le ha sido confiada por el Constituyente (artículo 241 CP).

Así las cosas, lo que se encuentra en el caso materia de estudio no es nada distinto de una *cosa juzgada* apenas aparente, que, por tanto, carece de la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido.

Es cierto que, en aras de la seguridad jurídica, el artículo 14 del decreto 2067 de 1991 dispone que “en todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive”.

Pero el presupuesto sobre el cual descansa el aludido mandato legal es precisamente el de una *contradicción*, esto es, el de una incompatibilidad entre las premisas consignadas por la Corporación en los considerandos de la sentencia y lo ordenado con carácter de fallo al resolver.

Claro está, para que esa contradicción se configure, es indispensable que en la materia objeto de la misma se pueda hablar de una “parte motiva”, es decir, que se haya dicho algo en los considerandos susceptible de ser confrontado con lo que se manifiesta en la parte resolutive del proveído. De tal modo que el presupuesto normativo no existe cuando de parte de la Corte ha habido total silencio en lo referente a resoluciones que sólo constan en el segmento resolutorio de la providencia.

No habiendo términos de comparación, mal se puede pensar que el mandato legal enunciado sea aplicable a tales casos, pues ello implicaría admitir que puede la Corte Constitucional proferir sentencias no motivadas.

Por lo tanto, no habiendo sido verificada la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 36, integrante de la Ley 35 de 1993, no puede admitirse la cosa juzgada constitucional, como derivada de una sentencia que en absoluto tocó su contenido.

En el presente caso, aunque el decreto 663 de 1993 sí fue demandado dentro del proceso D-442, y enunciadas por el actor unas razones para su inconstitucionalidad, es lo cierto que la Corte Constitucional no dedicó ni un renglón y ni siquiera una palabra al examen correspondiente, es decir que falló su exequibilidad sin motivarla.

Si así aconteció, por involuntario error de transcripción, éste no puede hacerse valer para denegar ahora justicia constitucional, remitiendo al demandante a lo allí “resuelto”, pues ello significaría elusión del deber que a la Corte se ha confiado, consistente en la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241 CP), el que ha de cumplir haciendo prevalecer el Derecho sustancial sobre aspectos puramente formales (artículo 228 CP) y, con mayor razón, sobre las meras apariencias.

Ya que la motivación es esencial a todo fallo, y si las razones de su juicio vinculan necesariamente la sentencia, en su contenido material, con las razones del juez, faltaría éste a su deber si, con la excusa de haber decidido lo que en realidad no decidió, cerrara las puertas de acceso a la administración de justicia (artículo 229 CP).

El juez de constitucionalidad no puede tampoco impedir a los ciudadanos que ejerzan la acción pública de inconstitucionalidad (artículos 40 y 241 CP) contra cualquiera de los artículos de un voluminoso código, como en este caso el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con apoyo en el deleznable motivo de que el número del Decreto que lo contiene fue mencionado, por imprevisión o por equivocación, en la parte resolutive de una sentencia previa.

De allí que, con posterioridad a la sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994, la Corte haya dictado las distinguidas con los números C-028 del 2 de febrero de 1995 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz); C-053 del 16 de febrero de 1995 (M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-452 del 5 de octubre de 1995 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz); C-582 del 31 de octubre de 1996 (M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-479 del 7 de julio de 1999 (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), en todas las cuales ha resuelto de fondo sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de artículos pertenecientes al decreto 663 de 1993, del cual hacen parte también las disposiciones que ahora se demandan.

La Corte ha considerado que el pronunciamiento de fondo cabe en casos como el expuesto, toda vez que lo contrario implicaría abdicar de su función.

Con este pronunciamiento quedó sentada la jurisprudencia según la cual el juez constitucional goza de autoridad suficiente para descorrer el velo de una aparente cosa juzgada, con el fin de ejercer a cabalidad la función de guarda integral y completa del imperio de la Constitución. Es lo que corresponde a la prevalencia del derecho sustancial en el campo del control de constitucionalidad.

LA PRODUCCIÓN BIBLIOHEMEROGRÁFICA
DEL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO
EN EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS DE LA UNAM.
UNA REFERENCIA AL MARCO LEGAL
SOBRE LA ELABORACIÓN Y REDACCIÓN
DE LAS SENTENCIAS*

Raúl MÁRQUEZ ROMERO**

SUMARIO: I. *Dedicatoria y proemio*. II. *La obra editorial del Maestro Fix-Zamudio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. III. *Las sentencias, el marco legal de su elaboración*. IV. *Colofón*. V. *Apéndice: libros, artículos y capítulos en obras colectivas del Maestro Fix-Zamudio publicados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

I. DEDICATORIA Y PROEMIO

El Maestro (con mayúscula) Héctor Fix-Zamudio es, si se nos permite el sentido figurado, la representación de los cimientos académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, no sólo porque durante sus doce años como director (1966-1978) estableció las bases para el desarrollo del Instituto en su etapa de modernidad,¹ sino porque siguiendo su ejemplo a

* El presente trabajo fue elaborado en el marco de la investigación que se efectúa en el doctorado por investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco el valioso apoyo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor para la realización de este trabajo y las opiniones y orientación de Juan Vega Gómez.

** Editor y miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ “Puede decirse, sin hipérbole, que él es el creador del moderno Instituto”. Valadés, Diego, “Prefacio”, en Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. XL.

partir de lo que podemos considerar su escuela, sus discípulos, directos e indirectos, han consolidado el trabajo académico y universitario de esta entidad.

Como universitario, académico e investigador de la ciencia jurídica ha sido y es un ejemplo para varias generaciones de universitarios, investigadores, profesores y estudiantes, que hemos podido ser beneficiarios de sus ideas y aportaciones, así como de la gran obra académica que en su campo es un referente obligado.

El presente escrito se suma al merecido homenaje que en doce volúmenes el Instituto de Investigaciones Jurídicas hace a la trayectoria del Maestro Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador.

Debe aclararse que este trabajo es descriptivo y tiene un doble objetivo. Primero, revisar y dar cuenta de la producción editorial del Maestro Fix-Zamudio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segundo, ligar la consulta de esa bibliografía con un tema en que el Maestro es autoridad y referente obligado en México y el mundo: las sentencias, particularmente en lo que se refiere a la elaboración y estructura de las mismas. Por ello, en cuanto a las sentencias, también de manera descriptiva, se pretende revisar lo que establecen la legislación y jurisprudencia respecto a la claridad y precisión con que se escriben o redactan, ya que el contenido de éstas evidencian la importancia del tema.²

Con base en lo anterior, el trabajo está dividido en cuatro partes, además de esta entrada: en el apartado II se da cuenta de la producción bibliohemerográfica que nuestro homenajeado ha publicado con el sello editorial del Instituto, y se señalan los principales temas de investigación que ha desarrollado en ella. En el acápite III se describen los planteamientos que el Maestro ha hecho en dicha bibliografía en relación con la elaboración y estructura de las sentencias, así como lo relacionado con los preceptos legales y tesis de jurisprudencia que se refieren a la manera en como están elaboradas las sentencias. En el apartado IV se escriben algunos párrafos a manera de colofón. Por último, en el numeral V se desglosa el listado de libros, artículos, capítulos en obras colectivas y voces de la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana* que ha publicado el Maestro en el Instituto.

² El propósito del planteamiento es absolutamente descriptivo, toda vez que el tratamiento integral es objeto de una investigación más larga.

II. LA OBRA EDITORIAL DEL MAESTRO FIX-ZAMUDIO EN EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM³

1. *Algunas estadísticas*

La carrera académica del Maestro Fix-Zamudio se ha desarrollado en la Universidad Nacional, en el Instituto, durante cincuenta y dos años para ser exactos. Al Instituto ingresó cuando todavía se denominaba de Derecho Comparado, en 1956. Fue designado emérito en 1987. Todos sabemos que durante todos estos años ha sido prolífico en su obra jurídica.

La obra *in extenso* del Maestro Fix-Zamudio es muy amplia. Hasta el momento comprende 21 libros, 7 monografías, 5 libros traducidos, 215 artículos y capítulos en obras colectivas publicados en México, 108 artículos de revista y colaboraciones en obras colectivas publicadas en el extranjero, 17 artículos o capítulos traducidos para obra colectiva, 4 estudios legislativos. Señalamos que hasta el momento porque estamos seguros que estos datos sólo servirán para hacer un corte en el tiempo, pues la infatigable labor de nuestro autor no tiene reposo y, en breve, como todos sabemos y esperamos, dará nuevos frutos.

De las publicaciones anotadas en el párrafo anterior, el Instituto de Investigaciones Jurídicas le ha editado 16 libros, la traducción de 2 libros más, 30 artículos, la traducción de 7 artículos y 66 capítulos en obras colectivas. Adicionalmente, en el Instituto le han sido publicados otros productos editoriales: 87 voces (18 en coautoría) en el *Diccionario Jurídico Mexicano* (posteriormente *Enciclopedia Jurídica Mexicana* y ahora *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*); más de 40 reseñas bibliográficas; 6 comentarios a la Constitución (5 en coautoría); 4 estudios legislativos, así como infinidad de reseñas hemerográficas, tanto en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* como en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

En lo que se refiere a libros, varios de ellos fueron publicados originalmente sólo por el Instituto; posteriormente los derechos fueron adquiridos por alguna casa editorial privada para ser compartidos con el Instituto, debido a la aceptación e importancia de las obras, por lo que aparecieron en coedición en sus segundas y posteriores ediciones. Algunos más han

³ El currículum completo del maestro Fix-Zamudio, así como su ficha biográfica, pueden ser consultados en el tomo I de esta obra.

aparecido desde la primera edición como coedición con casas editoriales como Porrúa, Civitas, el Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No podemos dejar de apuntar que al Maestro le han publicado otros prestigiosos sellos editoriales como El Colegio Nacional, Miguel Ángel Porrúa, el Fondo de Cultura Económica, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la Unión de Universidades de América Latina, etcétera, por hablar únicamente del ámbito nacional.⁴

Es notable que en el caso de los libros, el autor se ha preocupado, hasta el límite de sus posibilidades, por mantenerlos actualizados y vigentes, sobre todo en el caso de aquellas obras que se consideran básicas en los cursos de las facultades y escuelas de derecho.

2. Descripción de las materias o áreas y temática de la obra publicada por el doctor Fix-Zamudio en el Instituto

Para efectuar la descripción panorámica de las líneas temáticas de la bibliohemerografía del Maestro Fix-Zamudio en el Instituto, sólo tomamos en consideración sus libros, artículos y capítulos en obras colectivas.

Las materias o áreas analizadas en su obra son las siguientes en orden alfabético: amparo, derecho constitucional, derecho internacional privado, derecho internacional público, derecho laboral (aunque ésta la abordó en calidad de traductor), derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, derecho procesal penal, metodología jurídica. Se trata de líneas temáticas muy bien definidas, que giran en torno al derecho procesal.

Si atendemos a los contenidos de las obras, entre los temas principales que analiza nuestro autor tenemos los siguientes, también en orden alfabético: administración de justicia, amparo, contencioso electoral, control constitucional, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho comparado, derecho internacional

⁴ En cuanto al ámbito internacional, podemos decir que le han publicado en los siguientes países: Alemania, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Francia, Guatemala, Italia, Japón, Panamá, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela; así como en los siguientes idiomas: inglés, francés, alemán y japonés.

de los derechos humanos, derechos humanos, división de poderes, Ejecutivo, enseñanza del derecho, estabilidad laboral, Estado social de derecho, garantías constitucionales, interpretación constitucional, justicia constitucional, mandato de seguridad, metodología jurídica, Ministerio Público, *ombudsman*, Poder Judicial, Policía Judicial, presidencialismo, procedimiento civil, reforma del Estado, revisión judicial, teoría general del proceso, tratados internacionales, tribunales constitucionales, tribunales internacionales, tribunales locales y federales, unificación del derecho.

Como podemos observar, el elenco de temas es amplio, pero siempre con una línea central, de la que tan sólo se apartan un poco las cuestiones de metodología jurídica y docencia y enseñanza del derecho. De las grandes líneas de investigación que Fix-Zamudio ha trabajado, podemos decir que sus principales vertientes son derecho procesal, derecho procesal constitucional, derecho constitucional, metodología del derecho, enseñanza del derecho y derecho comparado.⁵

En cuanto a esta última, si se nos permite una digresión, es claro y sabido que a lo largo de los años en este Instituto se le ha dado gran importancia al derecho comparado.⁶ Fix-Zamudio ha resaltado la importancia de atender a lo que ocurre en el derecho de otras latitudes y de escribir trabajos que tengan como fundamento ese enfoque.⁷ El impulso al derecho comparado se ha visto reflejado en su producción bibliográfica, así

⁵ Las materias, áreas, temas principales y grandes líneas de investigación anotados en este apartado fueron producto de la revisión de la bibliohemografía del Maestro Fix-Zamudio en el Instituto, pero coinciden con las “preferencias académicas” de su obra total, señaladas por Palomino Manchego, José F. y Eto Cruz, Gerardo, “Estudio preliminar”, *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (con especial referencia al derecho procesal constitucional)*, 1a. reimp., Asociación Peruana de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 13 y 14.

⁶ Recordemos que el Instituto de Investigaciones Jurídicas nació como Instituto de Derecho Comparado; que su revista por antonomasia es el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, y que en muchas de sus publicaciones periódicas y no periódicas se estimula y se promueve la realización y publicación de trabajos que aborden el derecho desde la perspectiva comparada, con la finalidad de enriquecer el derecho mexicano.

⁷ “...este pequeño trabajo no tiene otro objeto que destacar la imprescindible necesidad de iniciar nuevamente los estudios jurídicos comparativos... despertar el interés de los profesores, investigadores y estudiantes para implantar la enseñanza del derecho comparado como instrumento para mejorar y perfeccionar nuestros estudios jurídicos”. Fix-Zamudio, Héctor, “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 14a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 259.

como en la de varios investigadores más del Instituto, entre ellos otros dos grandes Maestros (también con mayúscula): Jorge Carpizo y Diego Valadés.⁸ Nos queda claro que en esta tendencia, en esta orientación de la investigación, está el sello indudable del Maestro Fix-Zamudio.

Aparte de lo apuntado, el Maestro Fix-Zamudio también se ha dado tiempo para escribir trabajos que versan sobre grandes pensadores del derecho en el ámbito internacional, como Mauro Cappelletti y Eduardo J. Couture, o sobre grandes figuras del derecho en México, como Ignacio Luis Vallarta.

3. *Anotaciones adicionales*

- a) Varios de los artículos o capítulos de obras colectivas escritos por el Maestro Fix-Zamudio para el Instituto fueron tan interesantes o importantes en su desarrollo temático que han sido reproducidos en otras publicaciones, lo cual demuestra la importancia de los análisis, opiniones y tratamiento que él les ha dado.
- b) Revisar la bibliohemerografía publicada por el Maestro Fix-Zamudio en su Instituto equivale a tener una “radiografía” de su producción editorial completa, pues nuestro autor ha sabido multiplicarse para aportar a las revistas del Instituto y sus libros, así como a otras editoriales y entidades académicas que lo buscan de forma permanente para obtener su opinión académica respecto de las materias de su especialidad.
- c) Aunque lo dicho a continuación en este párrafo no está ligado directamente al Instituto sino a la Universidad Nacional, no queremos dejar de señalar que aparte de la vocación de investigador y escritor jurídico que el Maestro Fix-Zamudio refleja en su obra, también ha contribuido a la docencia. De manera directa porque de 1964 a 1996 fue profesor de la Facultad de Derecho y de su División de Estudios de Posgrado, y de manera indirecta porque dentro de su producción hemerográfica se comprenden bastantes artículos para

⁸ Por citar sólo ese ejemplo, en la más reciente obra de estos autores, que por cierto fue escrita en coautoría por ellos dos, denominada *Derechos humanos, aborto y eutanasia* (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), podemos constatar que en el desarrollo de su investigación (Carpizo toca lo relacionado con el aborto y Valadés, la eutanasia) cada autor dedica varias páginas a analizar lo que se establece en el derecho de otros países en relación con los temas.

la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, más de una veintena, que han permitido que sus ideas lleguen de manera rápida y directa a los alumnos de esa escuela y otras más que obtienen conocimiento de esa publicación.

- d) La mayoría de trabajos del Maestro Fix-Zamudio se refieren de manera directa o indirecta a la sentencia, pero en algunas partes aborda de manera puntual lo concerniente a la estructura y elaboración de las sentencias y, de manera implícita, la redacción de esos documentos. Ese es el tema en el que nos centraremos en el siguiente apartado: de qué manera debe elaborarse una sentencia y qué establecen la legislación y la jurisprudencia al respecto.

III. LAS SENTENCIAS, EL MARCO LEGAL DE SU ELABORACIÓN

1. *Planteamiento inicial*

De conformidad con lo escrito por el Maestro Fix-Zamudio, la legislación establece que “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes, que deben fundarse en derecho y además, resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso”.⁹ Nosotros agregamos que no puede pensarse que una sentencia será clara, precisa y congruente, si no está bien redactada.

Para que una sentencia esté bien redactada se requiere que tanto los aspectos de fondo como los de forma queden asentados de manera clara y precisa. La cuestión es que en no pocas ocasiones la estructura, elaboración y redacción de las sentencias no es la mejor en ninguno de los dos sentidos, y en ambos adolecen de muchas deficiencias. En no pocos casos las sentencias son difíciles de leer o entender, son farragosas y escasamente claras, amén de que reflejan un uso excesivo de términos técnicos. Cruz Parceró señala de manera directa y enfática al respecto:

He conocido incluso jueces que con muchas dificultades logran expresar una idea, pero suelen hacer uso de recursos retóricos de la ‘jerga’ judicial, de un lenguaje técnico lleno de barroquismos, que les permite trazar una

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, “Sentencia”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 595.

distancia con la gente común que ignora tales tecnicismos y atribuye su falta de comprensión a tal ignorancia —cuando ello se debe en realidad a lo mal que se redacta o expresa una idea—. ¹⁰

Hay quienes piensan que los aspectos de forma en una sentencia, incluida la redacción, son secundarios o representan un problema menor, y por eso los minimizan o soslayan, pero si lo meditamos un poco podemos concluir que todo aquello que obstaculice el claro entendimiento de una resolución judicial estará impidiendo su debida ejecución. Si bien lo esencial es que el juez exponga de manera clara las razones (a través de los argumentos) que tiene para tomar la resolución a fin de convencer a las partes que su resultado interpretativo es racional, razonable y justo, debemos remarcar que si la sentencia no es redactada de forma adecuada, no se podrá lograr lo anterior. “Se puede tener el mejor argumento con una buena estructura y hacerlo fracasar o disminuir sensiblemente su eficacia al momento de redactarlo por falta de habilidades lógico-estructurales en el ámbito estricto de la redacción”. ¹¹

Por otro lado, hay quienes creen que las sentencias sólo le interesan a las partes que intervienen en el proceso, pero ello no es así, son de interés general y más cuando se trata de las emitidas por nuestro tribunal supremo. “Sus resoluciones [de la SCJN] no sólo tienen efectos sobre las partes que intervienen en los asuntos de su conocimiento, sino además son de especial interés para la sociedad por la relevancia jurídica de estos fallos y los criterios que en ellos se sustenta”. ¹²

Ahora bien, la relevancia que han adquirido las sentencias en los países del *civil law* tiene su explicación en el hecho de que, a diferencia de lo que ocurría en los siglos XVIII, XIX y gran parte del XX, en que predominó el modelo exegético y lo esencial en el mundo jurídico eran las leyes y ordenamientos emanados del Legislativo, en la actualidad juegan un papel muy importante las decisiones que toman los jueces en los tribunales y cortes del mundo, porque mediante ellas los jueces ahora tie-

¹⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los métodos para los juristas”, en Curtis, Christian, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 25.

¹¹ Pérez Vázquez, Carlos, *Manual de redacción jurisdiccional para la Primera Sala*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 11.

¹² *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 1, 2004, p. 9.

nen una incidencia mayor en la construcción, creación o modificación del derecho.¹³ Por ello es interesante observar de qué forma contribuyen a la cultura del derecho y a la cultura de la legalidad, sea a través de jurisprudencia o mediante las resoluciones que toman respecto a las acciones de inconstitucionalidad o a las controversias constitucionales.

En México ahora se pone mucha más atención a lo que ocurre en la Suprema Corte y a las decisiones que los jueces toman respecto a los grandes temas que son objeto de discusión en la sociedad: libertad de expresión, aborto, eutanasia, elecciones... El papel de los jueces como garantes de la Constitución es ahora preponderante. “Sin embargo, estas resoluciones no siempre son conocidas ni los criterios que en ellas se sustentan son bien comprendidos. Esto se debe en parte al discurso [lenguaje] altamente técnico en que las ejecutorias son formuladas y que su difusión se realiza a través de obras sumamente especializadas”.¹⁴

Es importante, entonces, que las sentencias sean conocidas; pero todavía más, que sean entendidas. Por eso deben estar elaboradas y redactadas de manera clara y precisa, para que sean comprendidas tanto por las partes que intervienen en el proceso como por los integrantes de la sociedad en general.¹⁵

¹³ “Los jueces de nuestra época son muy distintos de aquellos que los pensadores del siglo XVIII consideraron como la boca que pronunciaba las palabras de la ley sin poder alterar su sentido, y los revolucionarios franceses los convirtieron en simples aplicadores de los códigos y les prohibieron la interpretación de la ley, y al menos ésta fue la imagen que conservaron los ordenamientos europeos occidentales, ya que los angloamericanos tradicionalmente han tenido más respeto por la función judicial cuando afirmaron que el juez es creador de derecho (*judge make law*)...”. Fix-Zamudio, Héctor, “Palabras pronunciadas durante la recepción del Premio Internacional Justicia en el Mundo, 2004”, *Héctor Fix-Zamudio, Premio Internacional Justicia en el Mundo, 2004*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 4 y 5. Eduardo Ferrer Mac-Gregor apunta que la labor de los jueces en materia de interpretación constitucional en Latinoamérica se empieza a desarrollar en la segunda mitad del siglo XX. Indica también, que el primer trabajo doctrinal en México respecto a la importancia de ese tema lo escribió, curiosamente, Fix-Zamudio en 1965. “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional”, en Palomino Manchego, José F. y Eto Cruz, Gerardo (coords.), *op. cit.*, nota 5, p. 123.

¹⁴ *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia*, *cit.*, nota 12, p. 9.

¹⁵ “Los escritores del derecho deben estar conscientes de que todos sus documentos se escriben en español, no en un lenguaje cerrado, accesible sólo a iniciados y a expertos del Poder Judicial. Todo escrito tiene un mayor o menor grado de adorno verbal... La recomendación es tratar de adornar el texto lo menos posible, puesto que, por lo regular, los abogados identifican el adorno verbal con un lenguaje distintivo del derecho. Esta identificación es falsa”. Pérez Vázquez, Carlos, *op. cit.*, nota 11, p. 95.

El asunto de la claridad y precisión en la elaboración de las sentencias no es un problema nuevo por desgracia, pero sí, como ya se anotó, un tema soslayado y minimizado, a tal grado que por ello perdura a lo largo de los años. Por eso debemos insistir en que si bien lo sustancial de las sentencias sin duda es su contenido y la argumentación e interpretación que el juez hace para llegar a su decisión, estamos convencidos que también es importante prestar atención a los aspectos de forma: el lenguaje utilizado, la redacción y la manera en que deben elaborarse y estructurarse las sentencias.

En adición a lo ya dicho, la claridad y precisión en las sentencias, posibilita al ciudadano un mejor acceso a la protección de sus garantías.¹⁶ En la medida en que las sentencias sean claras y precisas se podrá aspirar, entonces, a tener una mejor impartición de justicia: "...entre más caliginoso¹⁷ sea el proceso decisorio, menor la posibilidad de control y mayor el margen de arbitrio, e inclusive, de arbitrariedad".¹⁸

2. La elaboración y redacción de las sentencias

La forma en que varios ordenamientos de la legislación federal definen la sentencia tiene congruencia con lo señalado en el aspecto gramatical por el *Diccionario de la Lengua Española*.¹⁹ Para éste, en sus acepciones tres y cuatro, significa respectivamente: "Declaración del juicio y resolución del juez"; "decisión de cualquier controversia o disputa extrajudicial, que da la persona a quien se ha hecho árbitro de ella para que la juzgue o componga". Por lo que toca a las definiciones que este *Diccionario* da a la voz sentencia en el ámbito del derecho, tenemos dos significados: "Aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo",

¹⁶ Olvera López, Juan José, "El lenguaje de las sentencias y el derecho de la información", *Lex. Difusión y Análisis*, México, año VIII, tercera época, núm. 110, agosto de 2004, pp. 54 y 57.

¹⁷ Caliginoso significa —de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*— denso, oscuro, nebuloso.

¹⁸ Villamil Portilla, Edgardo, "Estructura y redacción de la sentencia judicial", *mi-meo*, abril de 2004, p. 11. El autor es profesor de la Universidad de Colombia y su trabajo se refiere a ese ámbito. http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf.

¹⁹ <http://www.rae.es/rae.html>.

y “la que termina el asunto o impide la continuación del juicio, aunque contra ella sea admisible recurso extraordinario”.

Fix-Zamudio retoma la definición que de esa figura da la legislación federal para luego abundar en otros aspectos de fondo en su elaboración.²⁰ En primer término se refiere a la importancia de la motivación, entendida como el razonamiento legal que los jueces deben efectuar para tomar la decisión. En segundo, habla del fundamento de la sentencia, que implica que la motivación esté apoyada en los preceptos de la Constitución, en los ordenamientos legales, en la interpretación jurídica y en los principios generales del derecho. En tercer lugar señala que en Latinoamérica muchos ordenamientos establecen para los jueces inferiores la obligación de contemplar la jurisprudencia de los tribunales de mayor jerarquía.²¹

Fix-Zamudio añade que la sentencia puede entenderse en dos formas: como el acto más importante del juez, pues con ella pone fin al proceso, y “como un documento en el cual se consigna [esa] resolución judicial”.²²

En cuanto a la elaboración de la sentencia como documento, lo cual implica su redacción, Fix-Zamudio señala que hay requisitos de forma y de fondo. En cuanto a los de forma nos dice que la sentencia se divide “en tres partes, es decir, la relación de los hechos de la controversia; las consideraciones y fundamentos legales y, finalmente, los puntos resolutivos”.²³ Por lo que toca a los requisitos de fondo, el mismo autor expresa que en la legislación mexicana no están claramente delimitados, por lo cual los rescata de la doctrina y jurisprudencia: congruencia, motivación, fundamentación y exhaustividad.²⁴

²⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 92-95. El tema se aborda en los apartados VII a IX, pero sobre todo en el VII, denominado “Resoluciones judiciales”. En las pp. 96-127 los autores desarrollan lo relacionado con la elaboración, clasificación y definiciones de los diferentes tipos de resoluciones judiciales en derecho mexicano, entre las que se encuentra la sentencia. La obra está reproducida en *El derecho en México. Una visión de conjunto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 1203-1341.

²¹ *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 95, 96 y 99-101. El autor dedica a ese tema el capítulo VIII, que se titula “Sentencia y medios de impugnación”.

²² Fix-Zamudio, Héctor, “Sentencia”, *op. cit.*, nota 9, p. 594.

²³ *Ibidem*, pp. 594 y 595.

²⁴ *Ibidem*, p. 595.

El requisito de que una sentencia esté redactada de manera clara y precisa no puede reducirse a cuestiones doctrinales, gramaticales o semánticas. La legislación mexicana lo establece como algo necesario para que la sentencia esté bien hecha: “Varias disposiciones procesales señalan de manera expresa o implícita estos requisitos de fondo de la sentencia, en cuanto disponen que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes, que deben fundarse en derecho y además, resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso”.²⁵

Con base en lo anterior, se torna interesante revisar algunos preceptos de la legislación federal mexicana y la jurisprudencia que contemplan lo referente a la estructura, la elaboración o la redacción de las sentencias.

3. Marco legal respecto a la elaboración de las sentencias

Si bien es necesario redactar de manera adecuada y clara en todo tipo de documento escrito pues de ello depende la correcta emisión del mensaje que se desea transmitir, en el ámbito jurídico es mucho más importante, entre otras razones por el lenguaje tan especializado que se utiliza. Y dentro del campo jurídico, la adecuada y correcta estructuración y redacción de las sentencias adquiere mayor relieve porque, como veremos a continuación, existe una reglamentación específica.²⁶

A. La estructura de las sentencias y su elaboración en la Constitución²⁷

La Constitución mexicana toca el tema de la elaboración de las sentencias en sus artículos 14 y 16. En el 14 se establecen dos cuestiones:

²⁵ *Idem.*

²⁶ No sólo las sentencias deben tener claridad en su escritura, cualquier documento jurídico debiera poseer esa característica para que sea entendido por cualquier persona de la manera más sencilla y directa posible. “La comprensión colectiva de las leyes, los contratos y las sentencias, implica que las palabras tengan el mismo sentido para todos. Esto no excluye que la deliberación entre los especialistas aborde los matices, destaque las ambigüedades o subraye las contradicciones entre preceptos y conceptos”. Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, UNAM-Academia Mexicana de la Lengua, 2005, p. 68.

²⁷ Las versiones actualizadas de la legislación federal fueron tomadas de la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/legmexfe.htm>.

a) para el orden criminal, la prohibición de imponer penas por simple analogía o mayoría de razón, es decir, la pena debe estar decretada como aplicable para la pena de que se trate en la ley; b) para el orden civil, “la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho”.

El artículo 16, por su parte, se refiere de manera indirecta al tema al señalar que los actos de autoridad deben estar fundados y motivados.

*B. La elaboración de las sentencias y su redacción
en algunos ordenamientos federales*

Para los efectos de este trabajo, los ordenamientos que se refieren a la sentencia como documento y a la forma en que debe elaborarse y redactarse, son los siguientes:

1) El Código Federal de Procedimientos Civiles, que en el artículo 220 no sólo define el elemento principal de la sentencia, sino que establece la definición de resolución judicial y los diferentes tipos: decretos, autos o sentencias. Los primeros se refieren a determinaciones de trámite; los segundos deciden cualquier punto del negocio y las sentencias deciden el fondo del negocio.

En el artículo 222 se plantea que la sentencia debe contener “...una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal...”.

En el artículo 223, si bien se refiere a aclaraciones o adiciones de sentencia o de auto que ponga fin a un incidente, se indica que ello se promoverá ante el tribunal que hubiere dictado la resolución, pero lo más importante es que se deberá expresar, “con toda claridad, la contradicción, ambigüedad u obscuridad de las cláusulas o de las palabras cuya aclaración se solicite, o la omisión que se reclame”.

En el artículo 272 del mismo ordenamiento se aclara que en las actuaciones judiciales no deben emplearse abreviaturas ni rasparse las frases equivocadas y salvarse, con toda precisión, los errores cometidos.

El artículo 322, fracción III, al referirse a la demanda, señala que en ella deberán narrarse de manera sucinta, clara y precisa los hechos en que

el actor funda su petición, para que el demandado pueda emitir su contestación; en la fracción V se indica que debe quedar asentado lo que se pide de manera exacta, en términos claros y precisos.

En el artículo 349 se indica que la sentencia se ocupará de las personas, cosas, acciones y excepciones que son materia del litigio.

2) El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 94, establece la diferencia entre autos y sentencia. Dicha diferencia es, como se vio más arriba, que la sentencia resuelve el fondo del asunto. En el segundo párrafo de este precepto se añade que toda sentencia deberá “ser fundada y motivada... y se redactará en forma clara, precisa y congruente con la promoción o actuación procesal que la origine”.

En el artículo 95, en seis fracciones, se establece lo referente a la estructura de la sentencia, de acuerdo con los siguientes elementos: lugar; tribunal; datos del acusado; “un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias”; las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales; la condena o absolución y puntos resolutive.

3) La Ley de Amparo se refiere al tema que nos interesa en el artículo 77, fracciones II y III, en las que estipula que las sentencias deben contener los fundamentos legales en que se apoye el sobreseimiento del juicio y los puntos resolutive en los que se debe concretar, con claridad y precisión, el acto o actos por los que se sobresea, conceda o niegue el amparo.

4) También podemos rescatar lo establecido por la Ley Federal del Trabajo, pues aunque habla de laudos, de acuerdo con el Maestro Fix-Zamudio los laudos son sentencias, toda vez que resuelven un asunto.²⁸

En los artículo 840 y 885 de ese ordenamiento se apuntan, al igual que en el 95 de el Código Federal de Procedimientos Penales, las partes que integran la estructura del laudo; ambos planteamientos coinciden en lo esencial: señalamiento de los hechos, pruebas admitidas y desahogadas, consideraciones fundadas y motivadas, y puntos resolutive.

Adicionalmente, en la fracción III del artículo 840, se señala que los laudos deben contener “Un extracto de la demanda y su contestación que deberá contener con claridad y concisión, las peticiones de las partes y los hechos controvertidos”. En tanto que en la fracción VI del artículo

²⁸ Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 20, pp. 93 y 94.

885 se establece que el laudo debe contener “las razones legales o de equidad; la jurisprudencia y doctrina que les sirva de fundamento”.

En el artículo 841 se enfatiza que los laudos deberán expresar los motivos y fundamentos legales que los apoyen. Mientras que en el artículo 842 se puede leer lo siguiente: “Los laudos deben ser claros, precisos y congruentes con la demanda, contestación, y demás pretensiones deducidas en el juicio oportunamente”.

5) En la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, artículo 50, se estipula que la sentencia debe estar fundada en derecho y resolver sobre la pretensión del actor.

6) Aunque el Código de Justicia Militar no se refiere propiamente a las sentencias, en el artículo 577 dispone que “las declaraciones se redactarán con claridad y usando, hasta donde sea posible, de las mismas palabras empleadas por el testigo”.

Más adelante, en el artículo 893, indica que no debe haber abreviaturas ni raspaduras en las actuaciones, de modo que las palabras o frases equivocadas deberán testarse para que queden legibles, lo cual persigue la precisión de los documentos. Eso mismo se establece para cualquier actuación judicial en el Código de Comercio, artículo 1055, fracción III; en el Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 272, y en el Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 17, para las actuaciones y promociones.

7) En el Código de Comercio, artículo 1134, se señala de manera puntual: “Toda recusación se impondrá ante el juez o tribunal que conozca del negocio, expresándose con toda claridad y precisión la causa en que se funde, quien remitirá de inmediato testimonio de las actuaciones respectivas a la autoridad competente para resolver sobre la recusación”.

Si bien no toda la información rescatada de los diferentes ordenamientos se refiere a la estructura y elaboración de una sentencia, ya que también abarca actuaciones judiciales en general o declaraciones, podemos observar la importancia de que en todo el proceso los documentos sean legibles, claros, precisos, no alterados... Si la legislación les exige a las partes que se expresen de manera clara y precisa en sus demandas y en la forma que presentan sus escritos, esa exigencia debe ser mayor para que los jueces resuelvan, fundamenten, motiven, elaboren y redacten la sentencia de la mejor manera posible, con la mayor claridad y precisión posibles.

*C. Las sentencias, algunas tesis de jurisprudencia
sobre su elaboración y su redacción*

La claridad y precisión en las sentencias es una obligación de acuerdo con nuestra legislación. Por esa razón podemos encontrar tesis de jurisprudencia que corrigen algunos casos en que no se observa tal obligación. Si bien es claro que las tesis se refieren principalmente a la claridad y precisión en el fondo del asunto, en alguna tesis se habla puntualmente de la mala escritura de una sentencia. Así, una vez más podemos insistir en que la claridad y precisión en el fondo del asunto no puede lograrse si no se contemplan todos los aspectos, tanto los de fondo como los de forma.

Es interesante destacar —como podrá constatarse abajo— que en varias de las tesis que se refieren a sentencias sobre amparos, el fundamento legislativo al que se hace referencia es el artículo 77 de la Ley de Amparo (ya citado en el apartado anterior), que establece la necesidad de que las sentencias sean claras y precisas en los fundamentos y puntos resolutivos.

De conformidad con lo que algunas tesis plantean, podemos decir que la falta de precisión y claridad en la elaboración, estructuración y redacción de las sentencias puede obligar a que se revisen los casos, se hagan aclaraciones de sentencias²⁹ e incluso se piense en la necesidad de repo-

²⁹ “ACLARACION DE SENTENCIA, RECURSO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, establece: sólo una vez puede pedirse la aclaración o adición de sentencia definitiva o que ponga fin a un incidente, y se promoverá ante el tribunal que hubiere dictado la resolución, dentro de los dos días siguientes de notificado el promovente, expresándose con toda claridad, la contradicción, ambigüedad u oscuridad de las cláusulas o de la palabra cuya aclaración se solicite, o de la omisión que se reclama. Este precepto establece el recurso de aclaración o adición de la sentencia definitiva...”. Tesis aislada en materia civil, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, XCVII, p. 417.

“ACLARACIÓN DE SENTENCIA. FORMA PARTE DEL SISTEMA PROCESAL ELECTORAL AUNQUE NO SE DISPONGA EXPRESAMENTE... Para que esto surta la totalidad de sus efectos, resulta indispensable la claridad, precisión y explicitéz de los fallos, de manera que proporcionen plena certidumbre de los términos de la decisión y del contenido y límite de los derechos declarados en ella, porque en el caso contrario, éstos pueden atentar contra la finalidad perseguida, al dejar latente la posibilidad de posiciones encontradas de las partes, ahora sobre el sentido de la resolución, y provocar así un nuevo litigio sobre lo resuelto respecto a otro litigio... el propio juez o tribunal puede superar el error o deficiencia, si se percató o se le pone en conocimiento, dentro del tiempo inmediato que fijen las leyes aplicables, o en el que razonablemente se conserva en la memoria actuali-

ner el procedimiento.³⁰ Ello no sería necesario si desde el principio se tuviera en mente que la sentencia debe elaborarse de manera adecuada, clara y precisa. En el caso concreto de las aclaraciones de sentencia, éstas tienen lugar porque la sentencia de origen contiene partes contradictorias, ambiguas u oscuras (véase el texto de la primera tesis en la nota 29).

Con base en otras tesis de jurisprudencia podemos observar la importancia de que no exista incongruencia entre los puntos resolutivos y los considerandos de la sentencia, es decir, la sentencia no debe ser incongruente.³¹ Debe subrayarse que de no cumplirse ese requisito, la sentencia no tendría lógica. Algo que contribuye a la falta de congruencia en la

zado el conocimiento del asunto y de las circunstancias que concurrieron en la toma de la decisión, cuando aún tiene el Juez a su alcance y disposición las actuaciones correspondientes, así como los demás elementos que lo puedan auxiliar para la aclaración, a fin de hacer efectivos los principios constitucionales relativos a que la justicia debe impartirse de manera pronta y completa”. Tesis aislada 47, *Apéndice* (actualización 2001), Tercera Época, t. VIII, P. R. Electoral, p. 71.

³⁰ “PROCEDIMIENTO, REPOSICION DEL. Si no se precisan en una sentencia con claridad y precisión los actos reclamados, ni tampoco contiene puntos resolutivos en los que concretamente se diga en qué forma se resuelve el juicio, es necesario reponer el procedimiento, para el efecto de que se llenen los requisitos del artículo 77 de la Ley de Amparo”. Tesis aislada en materia común, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, CVI, p. 1624.

³¹ “SENTENCIAS, INCONGRUENCIA EN LAS. EL TRIBUNAL REVISOR ESTÁ FACULTADO PARA CORREGIRLAS, AUN DE OFICIO... en virtud de que es principio fundamental del juicio de amparo, el que el juzgador, al resolver, debe hacerlo con la mayor claridad posible para lograr la mejor precisión en sus sentencias, por lo que no sería correcto que al advertir el tribunal revisor alguna incongruencia entre los puntos resolutivos y los considerandos contenidos en la sentencia, lo soslayara aduciendo que no existe agravio en contra, pues ello equivaldría a que se confirmara una resolución incongruente y carente de lógica...”. Tesis I. 3o. A. J/34, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, IX, marzo de 1992, p. 115.

DEBE FIJAR CON PRECISIÓN Y CLARIDAD EN LOS PUNTOS RESOLUTIVOS LOS ACTOS POR LOS QUE SE CONCEDA, NIEGUE O SOBRESEA EL AMPARO. SE CONDENA LA PRÁCTICA DE REMITIR EN LOS PUNTOS RESOLUTIVOS A LOS ACTOS ESPECIFICADOS EN LOS RESULTANDOS DEL FALLO... de acuerdo con la fracción I, del artículo 77 de la Ley de Amparo, los jueces de distrito en sus sentencias deben fijar clara y precisamente el acto o actos reclamados y deben de apreciar las pruebas conducentes para tenerlos o no demostrados, y de acuerdo con la fracción III de dicho precepto en los puntos resolutivos con que deben terminar dichas sentencias, se concretarán con claridad y precisión el acto o actos por los que se sobresea, conceda o niegue el amparo; en consecuencia es irregular que en dichos puntos resolutivos, el Juez remita, para precisar el acto reclamado, al resultando primero o alguno otro de dicho fallo...”. Tesis aislada en materia común, *Informes*, Quinta Época, 1949, p. 193.

sentencia (y además resulta irregular) es que el juez remita a los resultados en los puntos resolutivos, ya que al hacerlo sólo se oscurece y se vuelve incomprensible la sentencia.

Con base en tres ejemplos más podemos notar que la jurisprudencia se ha ocupado también de aquellos casos en que el punto central en la falta de claridad de la sentencia es la fundamentación y la motivación.³² Al

³² “SENTENCIAS DE AMPARO. DEBE TENER CONGRUENCIA LA PARTE CONSIDERATIVA CON LOS PUNTOS RESOLUTIVOS. En términos del artículo 77 de la Ley de Amparo, las sentencias que se dicten en los juicios constitucionales, deben contener la fijación clara y precisa del acto o actos reclamados, la apreciación de las pruebas para tenerlos o no por demostrados, los fundamentos legales en que se apoyen, para sobreseer en el juicio, o bien para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, y los puntos resolutivos con que deban terminar, concretándose en ellos, con claridad y precisión, el acto o actos por los que sobresea, conceda o niegue el amparo”. Tesis VI.1o.74 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, XV-II, febrero de 1995, p. 553.

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN... Y para que la garantía de debidas motivación y fundamentación se satisfaga, es necesario que en la resolución se expresen con claridad y precisión los hechos del caso y los argumentos legales que llevan a la autoridad a la conclusión de que debe ordenar cierta conducta, negativa o positiva, de los particulares, a fin de que éstos, con pleno conocimiento de los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución reclamada, estén en plena aptitud de defenderse, si estiman que se les afecta ilegalmente en sus derechos. Tales resoluciones mal motivadas equivalen, *mutatis mutandis*, a una sentencia que contuviera la cita legal de preceptos y los puntos resolutivos, omitiendo los resultados y los considerados: la impugnación de tal sentencia tendría que hacerse a base de conjeturas, lo que es ilegal”. Tesis aislada en materia común, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 58 Sexta Parte, p. 34.

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES... En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) Con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada; y b) Con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación”. Tesis: P./J. 50/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XI, abril de 2000, p. 813.

respecto, el juez debe establecer claramente los fundamentos legales en los cuales se basa, pero para que su resolución sea congruente debe estar basada en esos fundamentos, independientemente de que en los puntos resolutivos manifieste con toda claridad y precisión su decisión final. Además, debe destacarse que es una garantía de los ciudadanos la debida motivación y fundamentación, de lo cual se infiere que una resolución mal hecha en ese sentido arrojaría puntos resolutivos ilegales.

Los problemas de forma en las sentencias parecen ser menores, pero no son tanto porque dichos problemas de forma se convierten en el elemento que posibilita la necesidad de corregir errores en el proceso.³³

Finalmente, veamos un caso en que la jurisprudencia señala de manera directa problemas de escritura y ortografía (de redacción) en la sentencia.

SENTENCIA INCONGRUENTE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SINALOA). Si la resolución combatida está plagada de una serie de palabras mal escritas y en ocasiones con faltas de ortografía, además de no existir claridad y precisión en sus razonamientos, ello provoca que dicha sentencia sea incongruente y oscura al grado de resultar confusa respecto de la motivación jurídica que en ella se vierte, produciendo violación a lo establecido en el artículo 81 del Código Procesal Civil para el Estado de Sinaloa.³⁴

Este ejemplo es el más ilustrativo, pues aquí se presentan todos los elementos que hemos señalado como importantes en la elaboración y redacción de una sentencia, mismos que por no ser elaborados y escritos de manera adecuada, clara y precisa, arrojan una sentencia inadecuada, defectuosa, poco clara e inentendible. Como podemos notar, además de

³³ “SENTENCIA DE AMPARO, VIOLACION DE FORMA EN LAS. Si el Juez de Distrito, por economía de tiempo y de espacio, con violación del artículo 77 de la Ley de Amparo, en vez de precisar en los puntos resolutivos de su sentencia, con claridad y precisión el acto o actos por los que concedió la protección constitucional, remitió al considerando relativo del propio fallo, tal conducta, si el amparo se otorgó en general por todos los actos reclamados de todas las responsables, es intrascendente y sólo revela la existencia de una violación meramente formal que obliga, natural pero exclusivamente, a enmendar el error cometido”. Tesis aislada en materia común, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, CXVII, p. 840.

³⁴ Tesis aislada en materia civil, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, VIII, octubre de 1991, p. 277.

motivación y fundamentación claras en la sentencia, se requiere que el documento esté bien escrito, con los términos apropiados, con la ortografía adecuada.

Toda vez que la claridad en las sentencias es una exigencia a nivel legislativo y jurisprudencial, y ambos aspectos están vinculados en el mismo fundamento, podemos decir que una sentencia congruente y clara obedece al mandato de la ley.

IV. COLOFÓN

Nuestra percepción es que en la actualidad hablar del Maestro Fix-Zamudio es referirse al Instituto de Investigaciones Jurídicas y viceversa. No se concibe o no puede pensarse el uno sin el otro.

Revisar la bibliografía que ha producido el Maestro Fix-Zamudio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas nos permite tener una radiografía bibliohemerográfica de nuestro autor. Si la producción de obra escrita por él en el Instituto es destacable, la producción total ha sido impresionante a lo largo de ya más de cinco décadas. En México un referente obligado en derecho procesal es el Maestro Fix-Zamudio.

Entre los temas que Fix-Zamudio ha desarrollado, necesariamente está el tema de nuestro interés: la elaboración de las sentencias. De lo escrito por el maestro y lo establecido en la legislación mexicana, se desprende que es importante que las sentencias sean elaboradas y redactadas con precisión y claridad, pues no son interés exclusivo de las partes involucradas en un litigio, son interés de la sociedad, pues afectan de manera directa o indirecta la vida de todos y el marco jurídico que nos regula.

Con base en el marco legal respecto a la forma en como deben estructurarse, elaborarse y redactarse las sentencias, podemos finalizar con la idea de que la necesidad y el reclamo de claridad y precisión en la elaboración de esos documentos, no sólo es un reclamo popular, doctrinal, gramatical o semántico, es también un reclamo jurídico detrás del cual necesariamente se encuentra el propósito de una mejor y más clara impartición de justicia y una mayor garantía de los derechos constitucionales.

V. APÉNDICE: LIBROS, ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS
EN OBRAS COLECTIVAS DEL MAESTRO FIX-ZAMUDIO
PUBLICADOS EN EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS DE LA UNAM³⁵

1. *Libros*³⁶

A. *Editados sólo por el Instituto*

Constitución y proceso civil en Latinoamérica, 1974

Derecho procesal (en coautoría), 1991.

El Consejo de la Judicatura (en coautoría), 1996.

Ensayos sobre metodología, enseñanza e investigación jurídicas, 1981.

Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo, 1a. reimp., 2004.

Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño (en coautoría), 1963.

Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965), 1968.

B. *En coedición con Porrúa*

Derecho constitucional mexicano y comparado (en coautoría), 5a. ed., 2007.

El derecho de amparo en el mundo (libro coordinado en colaboración), 2006.

Ensayos sobre el derecho de amparo, 3a. ed., 2004.

Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, 2005.

Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, 2a. ed., 1984.

Metodología, docencia e investigación jurídicas, 14a. ed., 2007.

³⁵ Los trabajos señalados en este inciso integran el conjunto de obras que del Maestro se consultaron para la elaboración del apartado III de este escrito.

³⁶ Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas, <http://www.bibliojuridica.org/libros/resulib.htm>; véase también *Fondo editorial 1940-2006*, elaborado por Raúl Márquez Romero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 7, 9, 14, 16, 25, 35, 46, 57, 59, 66, 69, 76, 88 y 92.

C. *En coedición con otras editoriales*

Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, 2a. ed., México, coedición con el Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998.

La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, coedición con Civitas, 1982.

México y las declaraciones de derechos humanos (libro coordinado), México, coedición con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.

D. *Libros traducidos*

La estabilidad del trabajador en la empresa de Mozart Víctor Russomano (libro traducido en colaboración), 1980.

La jurisdicción constitucional de la libertad, de Mauro Cappelletti, 1961.

2. *Artículos*

“Algunas consideraciones respecto a las reformas constitucionales al Poder Judicial Federal”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 55, enero-abril de 1966, pp. 3-63.

“Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”, *Anuario Jurídico VI-1979*, 1980, pp. 159-174.

“Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.

“Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, *Anuario Jurídico II-1975*, 1977, pp. 63-101.

“Breves reflexiones sobre el objeto y naturaleza de las revistas de derecho comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 25-26, enero-agosto de 1976, pp. 43-55.

“Derecho comparado y derecho de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 8, mayo-agosto de 1970, pp. 327-349.

- “Derecho, Constitución y democracia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 481-514.
- “Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152.
- “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 11-50.
- “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, pp. 749-784.
- “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año I, núm. 1, 2004, pp. 141-180.
- “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 77, mayo-agosto 1993, pp. 461-488.
- “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 425-464.
- “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348.
- “El sistema americano de protección de derechos humanos”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 1, enero-abril de 1986, pp. 47-79.
- “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 89-118.
- “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, *Anuario Jurídico IX-1982*, 1982, pp. 379-417.
- “La administración de justicia”, *Anuario Jurídico VII-1980*, 1980, pp. 69-96.
- “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98.

- “La función constitucional del Ministerio Público”, *Anuario Jurídico V-1978*, 1979, pp. 145-195.
- “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 64, enero-abril de 1989, pp. 63-94.
- “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente” (en colaboración), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 31-64.
- “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 5, mayo-agosto de 1987, pp. 357-388.
- “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, *Anuario Jurídico III-IV, 1976-1977*, 1977, pp. 69-109.
- “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 801-860.
- “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa continental y su influencia en otros países”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 35, mayo-agosto de 1979, pp. 337-432.
- “Mandato de seguridad y juicio de amparo”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-60.
- “Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica” (en colaboración con Héctor Cuadra), *Anuario Jurídico I-1974*, 1974, pp. 93-158.
- “Protección procesal de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 35-88.
- “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-103.

Artículos traducidos

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, “Las formas de Estado en la época moderna”, *Anuario Jurídico I-1974*, 1974, pp. 15-49.
- CAPPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional en Italia”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 41-57.

- CAPPELLETTI, Mauro, “La voz ‘amparo’ en la *Enciclopedia del Diritto*”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 63-67.
- OPPETIT, Bruno, “La ayuda judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, pp. 387-401.
- SECCI, Mauro, “Lineamientos constitucionales y procesales del juicio de amparo mexicano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 60, septiembre-diciembre de 1967, pp. 461-487.
- SIDOU, J. M. Othon, “Las nuevas figuras del derecho procesal brasileño: *mandado de injunção*, y *habeas data*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 70, enero-abril de 1991, pp. 169-187.
- TULLIO LIEBMAN, Enrico, “La carrera judicial en el ordenamiento italiano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 403-406.

3. Capítulos en obras colectivas

- “Algunas reflexiones sobre el principio de la división de poderes en la Constitución mexicana”, *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1987, t. III, pp. 619-708.
- “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”, en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, 2a. ed., 1995, pp. 77-92.
- “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano. Primera parte” (en colaboración), *La interpretación constitucional*, 1975, pp. 10-35.
- “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, coedición con Porrúa, 2005, t. I, pp. 385-438.
- “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el derecho mexicano”, en SMITH, James Frank (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, 1990, t. I, pp. 133-150.
- “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, 1971, pp. 271-309.

- “Artículo 102, apartado B, de la Constitución federal mexicana. Constitucionalización del *ombudsman* en el ordenamiento mexicano”, *La modernización del derecho constitucional mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993*, 1994, pp. 147-188.
- “Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura”, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, coedición con el Senado de la República. LVI Legislatura, 1997, pp. 139-187.
- “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2002, pp. 201-238.
- “Comentarios a la Ley Orgánica de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal”, *Actualización jurídica 1994*, 1994, pp. 67-106.
- “Concepto y contenido de la justicia administrativa”, CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*, 2005, pp. 149-210.
- “¿Constitución renovada o nueva Constitución?, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 80 Aniversario. Homenaje*, coedición con la Comisión Plural Organizadora del LXXX Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-Senado de la República, LVI Legislatura, 1997, pp. 89-115.
- “Derecho procesal” (en coautoría), *El derecho en México. Una visión de conjunto*, 1991, pp. 1203-1341.
- “Derecho procesal” (en coautoría), *Introducción al derecho mexicano*, 1981, t. II, pp. 1251-1347.
- “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, 1992, pp. 253-301.
- “El derecho de amparo en México” (en coautoría), en FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, coedición con Porrúa y Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 461-521.
- “El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial”, *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*, 1988, pp. 269-364.
- “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, coedición con Porrúa, 1985, pp. 77-120.

- “El Poder Judicial en la Constitución Federal de 1824”, en VALADÉS, Diego y BARCELÓ ROJAS, Daniel A. (coords.), *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*, 2005, pp. 111-152.
- “Estado social de derecho y cambio constitucional”, *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, 1984, pp. 337-369.
- “Evolución del control constitucional en México”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, 2000, pp. 99-136.
- “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en KAPLAN, Marcos (coord.), *Estado, derecho y sociedad*, 1981, pp. 87-137.
- “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, 1999, pp. 191-228.
- “Hacia una nueva Ley de Amparo”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, 2001, pp. 287-338.
- “Ignacio Luis Vallarta, la incompetencia de origen y los derechos políticos”, *A cien años de la muerte de Vallarta*, 1994, pp. 19-39.
- “Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso electoral”, *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, coedición con el Instituto Federal Electoral, 1992, pp. 1-42.
- “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, 1974, pp. 160-273.
- “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, en GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario (comp.), *Partidos políticos y democracia en Iberoamérica*, 1981, pp. 89-91.
- “La acción de las autoridades nacionales en la protección de los derechos civiles y políticos”, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, 1983, pp. 45-83.
- “La administración de justicia”, en OVALLE FAVELA, José (ed.), *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, 2a. ed., 1982, coedición con Miguel Ángel Porrúa, 1985, pp. 145-177.

- “La Constitución y el Estado social del derecho”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. V: *La Constitución 70 años después*, 1988, pp. 73-117.
- “La Constitución y su defensa”, *La Constitución y su defensa*, 1984, pp. 11-85.
- “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, coedición con Porrúa y la Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1105-1155.
- “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, 2006, pp. 463-522.
- “La función actual del Poder Legislativo”, *El Poder Legislativo en la actualidad*, coedición con la Cámara de Diputados, 1994, pp. 15-25.
- “La función constitucional del Ministerio Público”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, 1982, pp. 79-127.
- “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”, *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, 1977, pp. 25-41.
- “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica”, ponencia general, *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, 1977, pp. 145-188.
- “La independencia judicial en el ordenamiento mexicano”, en SMITH, James Frank (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, 1990, t. I, pp. 379-398.
- “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, coedición con Porrúa (en prensa).
- “La justicia constitucional en América Latina”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, vol. IV: *Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras y nacionales*, 1989, pp. 451-532.
- “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, 1992, pp. 107-196.

- “La justicia constitucional latinoamericana”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Tendencias actuales del derecho*, coedición con el Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 282-297.
- “La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, 1996, pp. 499-510.
- “La reforma en el derecho de amparo”, *Reforma procesal. Estudios en Memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, 1987, pp. 265-304.
- “La responsabilidad de los jueces en el ordenamiento mexicano”, *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas 1982)*, 1984, pp. 59-117.
- “Las recientes transformaciones del régimen presidencial mexicano”, *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1992, pp. 215-260.
- “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, coedición con Porrúa, 2005, t. I, pp. 537-575.
- “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en América Latina”, *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, 2001, pp. 3-26.
- “Los tratados internacionales de derechos humanos y las Constituciones latinoamericanas”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1998, pp. 317-359.
- “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, 1995, pp. 59-74.
- “Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Coedición con Porrúa, 2007, pp. 39-67.
- “México: El organismo judicial 1950-1975”, *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, 1978, pp. 7-47.
- “Mi recuerdo de don Alfonso Noriega Cantú”, *Alfonso Noriega Cantú. Testimonios*, 1989, pp. 71-73.

- “Nuevas reflexiones sobre el Ministerio Público”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, 1998, t. II, pp. 1049-1087.
- “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, *Ochenta años de vida constitucional en México*, coedición con la Cámara de Diputados, LVII Legislatura, Comité de Biblioteca e Informática, 1998, pp. 371-430.
- “Posibilidad del *ombudsman* en el derecho latinoamericano”, *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, 1986, pp. 33-52.
- “Presente y futuro constitucional del organismo judicial y del Ministerio Público en México y España”, *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, 1979, pp. 327-384.
- “Presente y futuro del Ministerio Público en México”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, 2004, pp. 15-57.
- “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, 1989, t. I, pp. 495-530.
- “Relaciones entre los tribunales locales y federales”, *Las entidades federativas y el derecho constitucional. Democracia y regulación electoral. Un verdadero federalismo*, 2003, pp. 75-134.
- “Relaciones entre los tribunales locales y los federales en el ordenamiento jurídico mexicano”, en HERNÁNDEZ, Antonio María y VALADÉS, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, 2003, pp. 103-154.
- “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. I: *Historia del derecho y derecho comparado*, 1979, pp. 155-189.
- “Significado actual del control constitucional en México”, *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, 1998, pp. 209-264.
- “Supremacía del Ejecutivo en el derecho constitucional mexicano”, *Comunicaciones mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, 1966, 1966, pp. 469-506.
- “Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano”, *Bicentenario de la Revolución Francesa*, 1991, pp. 59-93.

Capítulos traducidos

- HAZARD, John N., “Informe sobre 75 años de evolución del derecho comparado en los países anglosajones y socialistas”, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II: *Historia del derecho y derecho comparado*, 1979, pp. 101-153.
- PINTO FERREIRA, Luiz, “El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina”, *El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina*, 1977, pp. 25-64.
- PINTO FERREIRA, Luiz, “El sistema federal brasileño”, *Los sistemas federales del continente americano*, coedición con Fondo de Cultura Económica, 1972, pp. 119-216.

4. *Voces en la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*³⁷

Absolución de la instancia (c), Acción penal (c), Actos prejudiciales o preparatorios, Acusación (c), Administración de justicia (c), Agravio, Alegatos, Amonestación, Amparo (c), Arraigo penal, Asesoría jurídica (c), Audiencia previa y de conciliación, Autonomía de la acción, Autoridad responsable, Careo, Casación, Cateo, Conclusiones del Ministerio Público, Conexidad, Confrontación, Consejo de Menores (c), Consejos Tutelares para Menores Infractores, Consignación, Controversias constitucionales (c), Correcciones disciplinarias, Cosa juzgada, Cuestiones prejudiciales, Debido proceso legal, Declaración preparatoria, Denegada apelación, Derecho procesal, Detención preventiva (c), Dirección del proceso, Escuelas judiciales, Excitativa de justicia, Formalidades esenciales del procedimiento, Garantías del acusado (c), Garantías procesales (c), Indicios, Indulto necesario, Informe de la autoridad, Investigación jurídica, Judicatura, *Juez a quo*, *Juez ad quem*, Juicio de controversias en materia de arrendamiento (c), Juicio de controversias familiares, Juicio penal, *Jura novit curia*. Libertad bajo protesta, Libertad caucional (c), Libertad caucional previa o administrativa (c), Libertad por desvanecimiento de datos, Libertad preparatoria, Medidas cautelares (c), Medidas de apremio, Medios de impugnación, Medios preparatorios del juicio, Ministerio Público, Plazos procesales, Poder Judicial Federal (c), Policía, Presupuestos procesales, Principios procesales, Procedimientos penales,

³⁷ La “c” entre paréntesis significa que esa voz fue elaborada en coautoría.

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Procuraduría General de la República, Procuradurías de justicia de los estados, Protección jurídica de los administrados, Queja (c), Reclamación, Recurso, Recurso de inconstitucionalidad, Relación jurídico procesal, Resoluciones judiciales, Responsabilidad judicial, Revisión fiscal y administrativa, Sentencia, Sobreseimiento, Suplencia de la queja, Supletoriedad del derecho civil, Suspensión del procedimiento penal, Suspensión del proceso, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Tribunales administrativos de las entidades federativas (c), Tribunales constitucionales.

SENTENCIA DESESTIMATORIA
Y REVERSIBILIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO
SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.
UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO

Augusto MARTÍN DE LA VEGA*

El sistema de efectos de la sentencia constitucional no es, obviamente, un tema menor dentro de la teoría del control de constitucionalidad de las leyes. La eficacia del pronunciamiento se convierte en piedra de toque, no sólo de la capacidad real del tribunal para cumplir sus funciones constitucionales, sino del “status” que el propio órgano constitucional asume en el esquema de poderes y en el sistema político en el que actúa. En este sentido, la determinación de una mayor o menor vinculación de sus decisiones, o el desarrollo de ciertas tipologías de sentencias, servirán a los tribunales constitucionales para definir y, a lo largo de su historia, reestructurar sus relaciones con el órgano legislativo y con la magistratura. Y es gracias a la eficacia de sus pronunciamientos por lo que el tribunal podrá realizar una determinada “política constitucional” que contribuya a legitimarlo ante los ojos de la opinión pública.¹

* Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Salamanca; doctor en derecho con premio extraordinario profesor invitado a las universidades de Bolonia, UNAM, UBA, Externado, y otras de México, Colombia y Argentina.

¹ Véase en la doctrina alemana, Simón, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, pp. 823 y ss., Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1994, pp. 271 y ss., Häberle, P., “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 4 y ss., o Hesse, K., “Funktionelle Grenzen des Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Recht als Prozess und Gefüge* (Festschrift für Hans Huber zum 80 Geburtstag) Berna, 1981, pp. 270 y ss. En Italia valgan autores como Cappelletti, M., *Giudici Legislativi?*, Milán, 1984; Crisaffulli, V., “La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento”, *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padua, 1958 y Modugno, F., “La Corte costituzionale italiana oggi”,

Son también conocidas las dificultades que encierra cualquier intento de reconducir el valor de la sentencia constitucional a rígidas categorías dogmáticas o legales. Como pronto se subrayará en la literatura jurídica española, el concreto alcance de las prescripciones normativas dependerá, en cierta medida, de la propia actividad del tribunal constitucional y, por lo demás, la verdadera eficacia de la sentencia constitucional “no se acaba jugando en el plano escuetamente jurídico de la determinación de sus “efectos”, sino en el mucho más polémico de su “efectividad” frente a los demás poderes, esto es, en el plano de su entidad como acto de poder.²

Por otra parte, si siempre es arriesgada la transposición de instituciones y principios de un ordenamiento a otro, en el campo de la justicia constitucional el intento ha de realizarse con especial cautela. Los sistemas de jurisdicción constitucional son precisamente eso, sistemas, y responden por tanto a una lógica propia, no siempre suficientemente reconocida por quienes, recurriendo a un uso indiscriminado del derecho constitucional positivo, pretenden ir más allá de la determinación de unos principios generales y de unas categorías jurídicas comunes al fenómeno del control de constitucionalidad de las leyes.³

Respecto al sistema español, probablemente uno de los rasgos que haya caracterizado a su literatura jurídica sobre la eficacia del pronunciamiento constitucional sea el de la combinación entre el escaso interés por profundizar en los aspectos más dogmáticos de cada efecto en

Scritti sulla giustizia costituzionale in onore de V. Crisafulli, Padua, 1985. Véase también Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, 2002; Rubio Llorente, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder*, Madrid, 1993; Garrorena, “Artículo 164”, en Alzaga, O. (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, 1999, pp 33 y ss., o Jiménez Campo, “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, 1977, entre otros muchos.

² Garrorena, A., “La sentencia constitucional”, *RDP*, 1981, p. 22.

³ Véase sobre este riesgo en el derecho comparado, las lúcidas reflexiones de Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho comparado*, México, 1975, p. 29, o bien Vergottini, “Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado”, *REDC*, núm. 19, 1987, pp. 169 y ss. Para Europa véase, en el campo específico de la jurisdicción constitucional, Rubio Llorente, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1988, pp. 158 y 159, o Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, 1998.

concreto⁴ y la compatible reafirmación del trascendental papel interpretativo y creador de derecho del tribunal constitucional.⁵ Una función que resulta ilusorio negar a la luz de la labor efectiva de un órgano que, en apenas dos décadas de actividad, ha consolidado plenamente su papel de “intérprete supremo de la Constitución” (artículo 1.1 LOTC), contribuyendo de manera decisiva a la reafirmación del valor normativo del texto de 1978. De la propia conciencia del papel jugado por el tribunal en las primeras fases de desarrollo constitucional deriva, también sin duda, el escaso eco que tradicionalmente han encontrado en España las actitudes doctrinales más críticas ante la imposición de los criterios interpretativos del tribunal constitucional o el uso flexible por el mismo de toda una gama jurisprudencial de pronunciamientos entre los que no se excluyen aquellos que modulan la eficacia temporal de la nulidad o simplemente prescinden de ella a la hora de declarar inconstitucional la norma legal.

En todo caso, el estudio de la regulación de los efectos de la sentencia constitucional sobre la ley en España adquiere una importancia específica que no deriva tan sólo de la trascendencia normativa propia de esta competencia del tribunal constitucional. Así, en el artículo 164 de la Constitución y, especialmente, en el artículo 38 de la LOTC se recogerá una tríada de efectos: cosa juzgada, eficacia general y vinculación a los poderes públicos que, con una indudable influencia alemana, resumen, sin embargo, los ejes en torno a los cuales se plantean las dudas centrales sobre el valor del pronunciamiento constitucional en los sistemas de ga-

⁴ Véase así, sobre la necesidad de una verdadera “dogmática” sobre la sentencia constitucional Garrorena, “Artículo 164”, *Comentarios a la Constitución...*, cit., nota 1, pp. 333 y ss.; Jiménez Campo, J., “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pp. 72 y 73; Gómez Montoro, “Artículo 38”, en Requejo Pagès (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, entre otros muchos. Sobre la ausencia de una elaboración teórica más adecuada para la jurisdicción constitucional, Rubio Llorente, “Tendencias actuales...”, cit., nota 3, y en un plano más general, Gomes Canotilho, “Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del método a la mejor teoría”, *Fundamentos*, Oviedo, núm. 4/2006, pp. 425 y ss.

⁵ Esta visión de las funciones y el papel del Tribunal Constitucional es claramente predominante en la literatura jurídica española. Valgan como ejemplo tan sólo tres autores: Cascajo Castro en su precursor artículo “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *REP*, 1975; Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 1, o López Guerra, “Tribunal Constitucional y creación judicial del derecho”, *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, 2000.

rantía europeos más consolidados.⁶ Si la sentencia constitucional está dotada de una cierta naturaleza “poliédrica”, donde se funden su carácter de acto procesal, acto de poder normativo y forma de creación del derecho,⁷ parece indudable que, en un paralelismo imperfecto y siempre simplificador, a esta triple naturaleza corresponden, en principio, los tres efectos anteriormente mencionados. Quizá por ello, cosa juzgada, eficacia *erga omnes* y vinculación estén permanentemente en el centro de un debate doctrinal que, aún cuando sea para negarlos o redimensionarlos, no suele prescindir de estas categorías a la hora de abordar el estudio de la concreta normativa nacional. Y de ahí, también, que la exposición de este debate general pueda tener algún interés comparatístico.

Nos centraremos aquí en la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento constitucional, lo que implica como veremos analizar fundamentalmente la reversibilidad del pronunciamiento desestimatorio en el marco del conjunto de sus efectos jurídicos. Creemos que una mayor delimitación del concepto no sólo puede servir de punto de apoyo para comprender más nítidamente los perfiles del resto de los efectos del “*dictum constitucional*”, sino que también, y a la inversa, sólo una exposición más general de la pluralidad de efectos permite entender en sus justos términos la eficacia de cosa juzgada. Esta exposición general no pretende, sin embargo, ser exhaustiva. En rigor, tampoco podría serlo. En torno al complejo tema del valor de la sentencia sobre la ley existe ya en España y, ante todo, en los países de su entorno, una literatura notablemente amplia y diversificada que resulta prácticamente inabarcable. En este trabajo, por tanto, tan sólo se pretende realizar una aproximación, necesariamente esquemática, a los sistemas de efectos de algunos países europeos y aportar alguna sugerencia personal acerca de las conclusiones a las que llega la doctrina española sobre el tema.

A diferencia de la mayoría de los países de su entorno⁸ la Constitución Española recoge expresamente en su artículo 164 el efecto de cosa juzga-

⁶ Aja, Eliseo *et al.*, *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, 1998, con la colaboración de P. Bon, Jiménez Campo, Nunes Almeida, Roberto Romboli, H. Schäffer y Albrecht Weber.

⁷ Seguimos así en parte el concepto de sentencia constitucional que adopta Garroreña ya en su artículo “La sentencia constitucional”, en *RDP*, 1981, y que mantiene en su “Artículo 164”, *cit.*, nota 1, p. 303.

⁸ El efecto de “cosa juzgada” de la sentencia del TC no se encuentra, así, en las constituciones alemana, italiana o portuguesa. Ni tampoco, como efecto explícitamente recogido en general para el pronunciamiento sobre la ley en sus leyes de desarrollo.

da de la sentencia constitucional en general, y así afirma que éstas “tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas”.⁹ Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal, ya en el específico capítulo de los efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de las normas con rango de ley, mantiene en su artículo 38.1 el efecto de cosa juzgada junto con el de vinculación a los poderes públicos y sus efectos generales. Más allá de la posible interpretación del artículo 164 CE, cabe destacar que éste supone, en primer lugar, la “constitucionalización” de uno de los efectos tradicionales de la sentencia judicial, que aparece de este modo curiosamente referida al pronunciamiento del TC sin que se mencione en el capítulo dedicado al poder judicial. Por otra parte, su inclusión implica un evidente punto de contacto con la dogmática del derecho procesal, volviendo a replantear la problemática cuestión acerca de la autonomía del derecho procesal constitucional y de la siempre polémica transposición de conceptos procesales al campo de la jurisdicción constitucional, temas sobre los que debemos inolvidables páginas al maestro Fix-Zamudio.

Es cierto, sin embargo, que la configuración de los modernos sistemas de justicia constitucional como verdaderas jurisdicciones sobre la ley implica, al menos, una presunción a favor de la aplicación del instituto, que va más allá de las siempre imprecisas prescripciones normativas.¹⁰ En todo caso, el argumento más firme a favor de la existencia, con todas las particularidades necesarias, de un efecto de cosa juzgada en la sentencia constitucional puede extraerse de la propia finalidad del instituto. La necesidad de alcanzar un cierto grado de seguridad jurídica, que se plasma

⁹ Sobre el proceso de elaboración del artículo 164 de la Constitución Española, Bocanegra, Raúl, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid, 1982, pp. 36 y ss.

¹⁰ De hecho, de este razonamiento parten implícitamente aquellos autores que intentan refutar la existencia de cosa juzgada cuestionando la naturaleza litigiosa del juicio sobre la ley. Véase por ejemplo, en Italia, Cappelletti *La Giurisdizione costituzionale della libertà*, Milán, 1955, pp. 11 y ss., donde se defiende la concepción de la jurisdicción voluntaria, y su *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, donde afirma que nos encontramos ante un proceso de “status”, el de la sujeción de los ciudadanos a la ley; o la posición en Alemania de autores como Friesenhahn “Zum Inhalt und zur Wirkung der Entscheidung des deutschen Bunderverfassungsorgans”, *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini I*, Milán, 1970, pp. 346 y ss., o el mismo Geiger, “Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *NSW*, 1954, pp. 1057 y ss., quienes insisten en el carácter de “derecho objetivo” del procedimiento, y en la inadecuación de un concepto vinculado a la “pretensión” para un juicio sobre la validez de la norma.

en la prohibición de volver a conocer de nuevo sobre lo ya conocido, evitando a su vez sentencias contradictorias, se corresponde perfectamente con la función pacificadora que el tribunal constitucional debe asumir, junto con otras, en su labor de control de la constitucionalidad de las leyes.¹¹ Como señala Bocanegra, el Tribunal está obligado por la Constitución no sólo a resolver con arreglo a criterios estrictamente jurídicos las dudas constitucionales, sino a resolverlos definitivamente, pues, “de otro modo la posibilidad permanentemente abierta de replantear la misma cuestión indefinidamente supondría un claro incumplimiento por parte del tribunal constitucional de sus propias funciones, que le obligan a impedir la repetición de los mismos conflictos, a crear claridad jurídica, a garantizar la paz y seguridad jurídicas, como parte esencial del principio del Estado de derecho”.¹² En definitiva, y más allá del fundamento último de la necesidad de certeza y seguridad jurídicas, parece claro que, en principio, no resulta lógico que el Tribunal haya de pronunciarse reiteradamente sobre cuestiones idénticas. No sólo un criterio de economía procesal, sino también de “estabilidad constitucional” del ordenamiento y de eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley, entre otras razones, aconsejan establecer un punto de firmeza en el “*dictum*” constitucional. Como señala Garrorena, “la reiteración de procesos ya vistos por el juez de la constitucionalidad de la ley debe tener un freno, y ese freno —en puro respeto a las categorías procesales acuñadas— no puede ser otro que la cosa juzgada material”.¹³

¹¹ Otto, I., “El valor de las sentencias del tribunal constitucional de R. Bocanegra”, *REDC*, 1982, p. 333. Jiménez Campo hablará de tres funciones esenciales de la jurisdicción constitucional sobre la ley: la función de valoración, la pacificadora y la ordenadora, incluyendo, con múltiples matices y no siempre coincidiendo con la exposición que aquí se realiza, al fenómeno de la cosa juzgada dentro de la fuerza pacificadora, véase “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, cit., nota 1, pp. 26 y ss.

¹² “El valor de las sentencias...”, *ibidem*, p. 27. Esta relación entre cosa juzgada y Estado de derecho es remarcada por autores como Rupp o Scheuner, citado por Bocanegra, o más recientemente, por el prestigioso comentario a la BverfGG de Maunz *et al.*, “Artículo 31”, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, 1995, pp. 10 y 11, donde se mantiene que garantizar la estabilidad, certeza y seguridad del derecho a través de la cosa juzgada se convierte en “elemento esencial del Estado de derecho”. De ahí que, aunque el efecto de cosa juzgada no esté previsto en la Constitución o en la BverfGG para la sentencia constitucional, sea “deducible directamente del artículo 20 Ley Fundamental” (principio del Estado de derecho).

¹³ “Artículo 164”, *Comentarios a la Constitución...*, cit., nota 1, p. 344.

El problema de la cosa juzgada constitucional no es, pues, un problema de fines sino, como siempre sucede con la aplicación de este instituto, un problema de límites. No obstante, es evidente que estos límites adquieren en el marco de la jurisdicción constitucional una importancia decisiva. Y ello porque frente a la firmeza y seguridad jurídicas que garantiza la cosa juzgada, deben asegurarse los valores de apertura, cambio y flexibilidad inherentes al propio concepto de Constitución. Sin ser éste el momento de profundizar en la cuestión, no es posible olvidar que junto a la función pacificadora y de control que realiza la jurisdicción constitucional, ésta desempeña un papel decisivo en la interpretación concretizadora del texto fundamental. Y esta interpretación debe necesariamente estar abierta a una posibilidad de cambio y adaptación que permita a su vez reafirmar la fuerza normativa de la constitución a lo largo del tiempo.¹⁴

Permanencia del “*dictum*” constitucional y apertura a la posibilidad de un nuevo juicio sobre la constitucionalidad de la ley, configuran así los dos criterios sobre los que la concreta regulación de la causa juzgada ha de encontrar una “concordancia práctica” en términos constitucionales, que más allá de rígidos esquemas doctrinales, resulte a la postre funcionalmente eficaz. De ello se deriva la importancia de determinar la concreta eficacia de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria. Más allá de las consideraciones en torno a la cosa juzgada del pronunciamiento estimatorio, parece claro que, en general, la eficacia “*erga omnes*” del mismo, en la mayoría de los casos traducida en la nulidad/anulación de la norma, reduce de manera decisiva la utilidad del instituto en estos supuestos.¹⁵ No ocurre así cuando el Tribunal desestima la demanda de in-

¹⁴ Véase el clásico estudio de Hesse, “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1992, pp. 31 y ss.

¹⁵ Lo que no implica que no pueda afirmarse su existencia. Gómez Montoro, “Artículo 38”, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, cit., nota 4, p. 562. Para el autor no sólo las previsiones normativas lo imponen, sino que es posible mantener que ante la sentencia estimatoria que expulsa a la norma legal, “la fuerza de esa expulsión y su no revisabilidad no es sino una manifestación de la causa juzgada material” (*Ibidem*, p. 562), con amplia jurisprudencia del tribunal constitucional donde, aunque ante cuestiones no acumuladas, y ya resuelta positivamente la primera, se alude a “la desaparición sobrevenida del objeto”; pero también se mantiene la existencia de una cosa juzgada. A pesar de estas afirmaciones del tribunal constitucional, autores del prestigio de Jiménez Campo, “Sentencia constitucional”, en Aragón, M. (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, 2001, p. 97, o Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional en España”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., nota 1, pp. 12 y 13, y con ellos la mayoría de la doctrina insiste en la inutilidad del efecto de cosa juzgada tanto en el caso

constitucionalidad. Se abre en este momento la cuestión de si es posible volver a replantear la duda sobre la conformidad a la Constitución de la norma legal ya examinada. Por su parte, la existencia en ocasiones de dos mecanismos de impugnación acrecienta de hecho los problemas en torno a la permanencia del “*iudicato*”.

Una ojeada al derecho comparado permite observar dos grandes respuestas generales a esta tensión entre cosa juzgada y replanteamiento. En algunos países, la aceptación del nuevo cuestionamiento de la ley ha llevado a la doctrina y a la propia jurisprudencia constitucional a negar

anteriormente descrito, como en el supuesto de reiteración de la “norma” en otra “disposición”, supuesto en el que debe procederse a un nuevo juicio de constitucionalidad (de igual modo, para este último caso, Gómez Montoro). Una postura próxima pero no equivalente a la línea mayoritaria es la de Garrorena, *op. cit.*, nota 1, pp. 342 y ss. Aún sosteniendo la escasa eficacia del efecto, no niega su existencia y, por otra parte, destaca un supuesto donde puede resultar útil: en los fallos estimatorios que contengan un pronunciamiento interpretativo o de “mera inconstitucionalidad”. Al permanecer el enunciado de la ley, en estos casos la cosa juzgada podría actuar ante una posible nueva impugnación de la “norma” ya declarada inconstitucional. En Alemania, donde en general se acepta la cosa juzgada de la sentencia estimatoria sin mayores precisiones, algunos autores lo han relacionado con la prohibición dirigida al legislador de reproducir la ley declarada inconstitucional, así Detterbeck, “Normenwiederholungsverbote aufgrund normenwerferde Entscheidungen des Bunderverfassungsgerichts”, *A.Ö.R.*, 1991, pp. 411 y ss. La mayoría de la doctrina alemana prefiere, sin embargo, encuadrar este supuesto dentro de la vinculación, Véase, Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, nota 1, pp. 275 y ss. Por otra parte, una corriente minoritaria identifica los efectos generales del pronunciamiento estimatorio (la “*Gesetzeskraft*”) con una extensión “*erga omnes*” del efecto de cosa juzgada: así, en parte Benda y Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrecht*, Heilderberg, 1991, pp. 509 y ss., o más claramente Kerbusch, H., *Die Bindung Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia, 1982. En Italia, el término “*giudicato costituzionale*” adquiere curiosamente un significado extraordinariamente reducido, y alude (desde los trabajos de Cheli o Barbera en *Giur. Cost.*, de 1963) a la vinculación del artículo 136 CI (los efectos generales de la sentencia estimatoria) hacia el legislador, al que impedirá convalidar o intentar sanar retroactivamente con una nueva ley los efectos que, en las relaciones “no agotadas”, produjera la sentencia de inconstitucionalidad. Véase, el clásico estudio de Crisafulli, “Riproduzione o «conferma» di norme dichiarate inconstituzionali”, *Giur Cost.*, 1966, pp. 1109 y ss., donde, por otra parte, ya se subraya la incorrecta o impropia utilización del concepto procesal de cosa juzgada para abordar este fenómeno. En igual sentido, Zagrebelsky, “Processo costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milán, 1987, pp. 672 y ss., entre otros muchos. En Portugal, por su parte, autores que niegan, como es general, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, sostienen, sin embargo, su utilidad en el pronunciamiento estimatorio, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Coimbra, 1999, pp. 791 y ss., con abundante bibliografía al respecto.

que pueda hablarse de un efecto de cosa juzgada para la sentencia desestimatoria en el control de la ley. En otros, la también posibilidad de replanteamiento se ha entendido compatible con una institución que conaturalmente tiene unos límites de eficacia suficientes para permitir el dinamismo constitucional.

Un claro ejemplo del rechazo a considerar cualquier posible efecto de cosa juzgada en la sentencia desestimatoria lo constituye la jurisdicción constitucional italiana y, ante todo, el debate doctrinal que precedió a la adopción de esta postura. Este debate está determinado, en un principio, por la ausencia de previsiones normativas específicas, más allá de la genérica atribución de efectos generales a la sentencia estimatoria por el artículo 136 de la Constitución. Pero también, por la inicial falta de consenso acerca de la naturaleza del órgano de control y del procedimiento incidental que domina la práctica de la Corte, así como el retraso en la entrada en funcionamiento de ésta. En este contexto, la polémica suscitada en los años cincuenta acerca de la eficacia del pronunciamiento de desestimación adquirirá una relevancia importante para el futuro diseño de los efectos de la sentencia constitucional.¹⁶

La mayoría de la literatura jurídica italiana adoptará una postura que puede considerarse “reactiva” frente al primer planteamiento de Calamandrei.¹⁷ Su concepción de la jurisdicción constitucional próxima al ejercicio de un poder paralegislativo, implicaba atribuir al pronunciamiento desestimatorio una inatacabilidad general que le dotaba de una eficacia similar al de la interpretación auténtica de la ley.¹⁸ Frente a ello, se reafirmará, en general, la naturaleza jurídica del sistema, salvaguarda-

¹⁶ Esposito, “Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia”, *La Costituzione Italiana, Saggi*, Padua, 1954, así como Cappelletti, “Spunti di una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale”, *Giur. Cost.*, 1967.

¹⁷ Expuesto en la primera monografía importante sobre la justicia constitucional en Italia, su *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padua, 1950.

¹⁸ En el fondo Calamandrei no alude a la cosa juzgada. Partiendo de la concepción de la cuestión de inconstitucionalidad como una especie de “referè legislatif”, mantendrá que el juez que duda de la constitucionalidad de la ley, al no poder acudir al órgano constituyente, se dirige a la Corte como custodio e intérprete de la Constitución, y “la Corte constitucional aclarará oficialmente su duda como ocurriría con una aclaración que emanase del propio poder constituyente”. De ahí que dicte una resolución con carácter general “que si declara que la ley es legítima, tendrá la eficacia de una interpretación auténtica”, por ello “y no porque puedan verse aquí efectos de cosa juzgada”, es por lo que la cuestión no podrá ser repropuesta en otros procesos (*op. cit.*, nota 1, pp. 94-96).

da por la conexión entre sentencia constitucional y juicio *a quo*. De ahí que los efectos generales previstos por el artículo 136 CI se consideren una eficacia extraordinaria y “añadida” a los normales efectos de la sentencia estimatoria, consecuencia, pues, de su naturaleza declarativo-constitutiva y, en absoluto, aplicables a los pronunciamientos desestimatorios.¹⁹ En estos, la Corte no declara la constitucionalidad de la norma legal, sino simplemente la inexistencia del vicio de inconstitucionalidad alegado. De ahí que en procesos futuros los jueces puedan replantear la constitucionalidad de la ley, aun cuando el anterior pronunciamiento deba ejercer una notable “influencia de hecho” en su valoración de la “no manifestada falta de fundamento” de la duda constitucional que se va a elevar al Tribunal.²⁰ Tan sólo el primer juez *a quo* quedará vinculado en el juicio concreto por la decisión de la Corte, y con un efecto meramente preclusivo.²¹ Las críticas a la hipotética eficacia de “interpretación auténtica” de

¹⁹ Véase, la significativa postura de Azzariti, quien tras la dimisión de De Nicola, se convertirá en el primer presidente efectivo de la Corte, así, “Il sindacato di costituzionalità delle leggi”, *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 97-98, y 105 y ss., o “Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi”, *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 184 y 193 y ss. Los argumentos de Azzariti motivaron la rectificación del propio Calamandrei en su conocida “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, *Riv. Dir. Proc.*, 1956, donde adopta la mera autoridad *de facto* de la sentencia desestimatoria. Véase también Garbagnati, “Sull’efficacia delle decisioni della Corte costituzionale”, *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, Padua, 1950 y Pierandrei, “Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale» (Natura-eficacia-esecuzione)”, *Riv. It. Sc. Giur.*, 1950, pp. 190 y ss., o Crisafulli, “La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento” *Scritti giuridici in memoria de P. Calamandrei*, t. IV, Padua, 1958.

²⁰ Véase y ya posteriormente como tema no polémico, Liebman, “Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale”, *Riv. Dir. Proc.*, 1957, pp. 412 y ss., o Gionfrida, “Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale”, *Studi in Onore di Ernesto Eula*, Milán, 1957, pp. 107 y ss.

²¹ Ya defendido en 1957 por Liebman, “Contenuto ed efficacia delle decisioni...”, *Idem*, y Gionfrida, “Giudizio di legittimità...”, *idem*. En estos mismos años hay posturas coincidentes en autores como Allorio, Abbamonte, Satta o Pergolesi. La tendencia se reforzará con el posicionamiento de Crisafulli, “Le funzioni della Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive”, *Riv. Dir. Proc.*, 1966, y con el abandono del concepto de cosa juzgada por el de preclusión realizado por Sandulli en su *El giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*, Milán, 1967, pp. 54 y ss. A partir de la década de los 70 adquirirá el carácter de verdadera “*communis opinio*” (Zagrebelsky, Biscaretti, Cerri, Romboli...), tras el refuerzo que implicó el pronunciamiento de la Corte en la ST 54/61 y la Ordenanza 90/64, donde se declaraba la inadmisibilidad de una cuestión idéntica a otra declarada, elevada por el mismo juez *a quo*.

la sentencia de “*rigetto*” iban a terminar identificando, por otra parte, cualquier pretendida eficacia general con la incontestabilidad de la legitimidad de la ley y, por tanto, con el cierre de una posible evolución jurisprudencial. Se rechazará así implícitamente también cualquier efecto de cosa juzgada en cuanto este “*iudicato*” se presuponía con eficacia *erga omnes*.²² Por último, cuando la Corte entre en funcionamiento el debate ya estará cerrado y ésta adoptará, reforzándola, la posición mayoritaria.²³ No debe olvidarse, sin embargo, que siempre existió un sector minoritario que, manteniendo una cosa juzgada con límites objetivos o subjetivos, defendía que entonces era posible afirmar tanto la existencia de “*iudicato*”, como el replanteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y el consiguiente dinamismo constitucional.²⁴

Se impuso, pues, muy pronto en Italia un rígido modelo “bipolar” entre el sentido del fallo y los efectos de la sentencia.²⁵ Esta tendencia que remarcaba la ausencia de cualquier eficacia externa de la sentencia desestimatoria, unida a las reticencias en torno a un poder interpretativo general de la Corte, marcarán la suerte de las sentencias desestimatorias interpretativas. Convertidas en mero “precedente autorizado” frente a la magistratura ordinaria, forzarán al Tribunal a recurrir a la sentencia estimatoria interpretativa,²⁶ es decir, a fórmulas de estimación parcial que

²² Esposito, “Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia”, *La Costituzione Italiana...*, cit., nota 16, pp. 279 y ss., y especialmente Cappelletti, en su “Pronunzie di ripetto nell processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata”, *Riv. Dir. Proc.*, 1956, pp. 155 y ss.

²³ Véase ST 7/58 de 27 de enero, y antes, las “Ordenanzas” de 21 de julio de 1956, núms. 23, 24, 25, 27 y 28, especialmente las tres primeras. Sobre la interrelación entre doctrina y Corte constitucional en este tema, véase Ruggieri, A., *Storia di un “Falso”. L’efficacia inter pares delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale*, 1990, pp. 29 y ss.

²⁴ Así, entre quienes defendían una cosa juzgada *erga omnes* pero con límites objetivos para la sentencia desestimatoria, véase los precusores trabajos de Lignola, “Il tema di sindacato dell’ autorità giudiziaria sulla costituzionalità delle leggi” y Favara, “Res iudicata sulla costituzionalità delle leggi”, *Foro Padano*, 1950. La acentuación de que el vinculado es el propio tribunal constitucional en Costa, S., “Decisión di rigetto della Corte costituzionale e preclusione”, *Riv. Dir. Proc.*, 1957. Un cuestionamiento de toda la postura mayoritaria en Ruggieri, *Storia di un “falso”...*, *idem*.

²⁵ Por todos, Pizzorusso, “La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1963, o más recientemente Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, 2004, pp. 133 y ss.

²⁶ Crisafulli, “Le sentenze ‘interpretative’ della Corte costituzionale”, *Riv. Trim. Dir e Proc. Civ.*, 1967; Zagrebelsky, “Proceso costituzionale”, *Enciclopedia del diritto*, t. XXXVI, Milán, 1987, y Modugno, *op. cit.*, nota 1.

darán paso, en su momento, y debido ante todo a las peculiares circunstancias del sistema político italiano en los años sesenta y setenta, al uso muy notable de la sentencia aditiva, algo que en último término caracterizará, en parte, su sistema de jurisdicción constitucional.²⁷

La negación del efecto de cosa juzgada en la sentencia desestimatoria es también *communis opinio* en un sistema como el portugués donde, al igual que el italiano, la única base de derecho positivo es el artículo 282.1 de la Constitución, en el que tan sólo se menciona a la sentencia estimatoria y para atribuirle una “fuerza obligatoria general”.²⁸

En principio, los argumentos utilizados por la doctrina portuguesa no difieren sustancialmente de los primeros argumentos italianos contra el “fantasma” de la interpretación auténtica. La implícita identificación de un valor de cosa juzgada del pronunciamiento desestimatorio con el otorgamiento de una “eficacia general” a este tipo de sentencias, lleva a defender la polaridad de efectos y, por ende, la ausencia de cosa juzgada, con argumentos como la necesaria evolución de la jurisprudencia constitucional o el hecho de que se atribuiría a la corte la posibilidad de “convalidar” normas inconstitucionales.²⁹ Por otra parte, esta es la posición básica mantenida por la jurisprudencia, que refuta incluso que pueda hablarse de una cosa juzgada para el caso *a quo*, optando por un concepto próximo a la preclusión.³⁰

²⁷ Dentro de la inmensa literatura sobre el tema, los clásicos trabajos de Elia, “Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre-luglio, 1985)”, *Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padua, 1985, t. I; Zagrebelsky, “La Corte costituzionale e il legislatore”, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bolonia, 1982, y Modugno, *op. cit.*, nota 1.

²⁸ Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 277, y Nunes Almeida, “Portugal”, *Las tensiones entre... cit.*, nota 6, pp. 244 y 245, con referencia a la STC 85/85 donde, ante todo, se mantiene la posibilidad de replanteamiento de la constitucionalidad de la ley examinada. En igual sentido las SSTC 15/88 y 473/92.

²⁹ Véase la importante aportación de Medeiros, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 836 y ss., y las afirmaciones allí citadas de Galvão Teles, M., “A concentração da competência para o conhecimento jurisdiccional da inconstitucionalidade das leis”, *O Direito*, 1971.

³⁰ Por todos STC 452/95. Nunes Almeida, *Las tensiones... cit.*, nota 6, p. 245, donde aunque se mantiene que las SSTC “tienen efectos de cosa juzgada en el procedimiento en cuanto a la cuestión suscitada”, se afirma luego que si bien la disposición no puede dejar de ser aplicada en el procedimiento en curso, en base a su inconstitucionalidad, de todas formas fuera del procedimiento “ni siquiera tienen efectos de cosa juzgada *inter partes*”.

La reafirmación de que el pronunciamiento desestimatorio carece de eficacia general no sólo acarreará la negación de una cosa juzgada que siempre se presupone *erga omnes*, sino que va a conllevar iguales consecuencias que en el modelo italiano para las sentencias desestimatorias interpretativas. Así, se descartará claramente que el tribunal constitucional, en el control abstracto, pueda “imponer” una interpretación de la ley a través de la desestimación y se entenderá, por lo común, que éste debe recurrir a la fórmula estimatoria si quiere eliminar, con efectos generales, la interpretación considerada inconstitucional.³¹ No se producirá en Portugal, sin embargo, un paso tan frecuente de la sentencia estimatoria parcial a la sentencia “manipulativa-aditiva”. Las diferencias con el modelo italiano surgen aquí no sólo por el distinto periodo histórico en el que ambas jurisdicciones se desarrollan, sino quizás, ante todo, por las amplias facultades concedidas al tribunal constitucional portugués para modular los efectos temporales de sus pronunciamientos.³²

Existe, sin embargo, un segundo modelo en el derecho comparado sobre la forma de compatibilizar la estabilidad del “*dictum*” constitucional y la necesaria apertura de la jurisprudencia del TC a la evolución interpretativa. Dicho modelo encuentra, quizás, su mejor expresión en el sistema de jurisdicción constitucional alemán. Éste parte de una previsión de efectos para la sentencia sobre la ley más amplia, en cuanto consagra,

³¹ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, 2002, pp. 1010 y ss. y 1294 y ss., y Medeiros, Rui, *op. cit.*, nota 29, pp. 378 y ss. De todas formas, en Portugal el artículo 80.3 LOTC mantiene para el control concreto que “en caso de que un juicio de constitucionalidad o de legalidad sobre una norma que la decisión tuvo que haber aplicado o que tuvo que rechazar su aplicación se funde en una determinada interpretación de esa misma norma, ésta debe ser aplicada con tal interpretación, en el proceso de causa”. Y, en consecuencia, el tribunal constitucional Portugués (STC 163/95) declaró que puede emitir sentencias interpretativas, en estos supuestos, determinando “que una cierta norma sea interpretada y aplicada, a la hora del juicio *a quo*, con el sentido que se define como sentido conforme a la Constitución”. El pronunciamiento y la propia constitucionalidad del artículo suscitan, de todas formas, dudas en la doctrina, Canotilho, *ibidem*, pp. 1295 y 1296.

³² Así el artículo 282.4 de la Constitución, que faculta al Tribunal para limitar el efecto retroactivo incluso por razones de interés público de excepcional relieve. En todo caso, se produce una falta de armonía entre una doctrina que destaca el carácter excepcional de esta posibilidad, dada la clara opción del artículo 282.1 por la eficacia “*ex tunc*” de la declaración de inconstitucionalidad, y el uso generoso (casi un tercio de sus sentencias en los últimos años) con que el tribunal constitucional recurre a su potestad. Medeiros, Rui, *op. cit.*, nota 29, pp. 535-762.

junto con un efecto general polémicamente identificado con una “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*), una eficacia de vinculación para los poderes públicos (*Bindungswirkung*). Sin poder entrar aquí en la difícil descripción dogmática de ambos efectos,³³ sí es posible, no obstante, remarcar alguno de los rasgos entre los que se encuadra el efecto de cosa juzgada de la sentencia.

En primer lugar, y más allá de lo que concretamente pueda representar la atribución de una fuerza de ley al pronunciamiento constitucional y, en especial, el desestimatorio,³⁴ el sistema de efectos girará en torno al concepto de vinculación.³⁵ La extensión jurisprudencial de este efecto a los

³³ Sobre sus dificultades dogmáticas, su problemática diferenciación y su relación con los artículos constitucionales y legales que los contemplan, una buena introducción en Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5 y ss.

³⁴ Es problemático el significado general que tenga la atribución de fuerza de ley a las sentencias del Tribunal, prescindiendo de su posible forma desestimatoria. Para Maunz *et al.*, *ibidem*, pp. 25 y ss., en las sentencias donde se afirma la constitucionalidad de la norma, esta fuerza de ley tiene que significar algo distinto a una “calidad de ley” que ya tenía la norma y, por tanto, sólo puede entenderse como que la constitucionalidad de la ley está fijada y es vinculante para todos. Löwer, W., “Zuständigkeiten und Verfahren der Bundesverfassungsgericht”, *Handbuch des Staats Rechts*, t. II (Isensee/Kirchhof, Hrsg), Heidelberg, 1987, p. 800, insiste en este aspecto de la extensión subjetiva, pero remarca que no puede suponer que los defectos hipotéticamente existentes mas no reconocidos fueran “sanados”, ni que impidan un nuevo examen de la ley, una vez las circunstancias del caso hayan cambiado. El tribunal constitucional, por otra parte, siempre ha subrayado ampliamente los límites temporales del reconocimiento de la constitucionalidad de la ley, Jochen Frowein, V., “Änderungen des Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem”, *DÖV*, 1971, pp. 794 y ss. No cabe olvidar que en el proyecto del gobierno que sirvió de base para la reforma de la Ley del Tribunal de 1993 se proponía limitar la atribución de “fuerza de ley” a la sentencia estimatoria. Se consideró, sin embargo, finalmente que esta distinción implicaría a su vez la necesidad de una serie de regulaciones específicas que conllevaría nuevos problemas. Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, p. 26.

³⁵ Dejando aparte las dificultades de su diferenciación con la prevista “fuerza de ley”, puede, en principio, aceptarse que en su versión más clásica la vinculación implica que la fuerza obligatoria del pronunciamiento se extiende más allá de los participantes en el juicio de constitucionalidad, afectando a todos los órganos estatales, esto es, a las autoridades y a los tribunales. Se trataría de un efecto de derecho material con límites objetivos, en cuanto que sólo vincularían las concepciones del tribunal constitucional sobre la interpretación constitucional, y las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la ley, en cuanto esta interpretación legal está ligada a la constitución. Se predicaría sólo de las sentencias sobre el fondo, e implicaría la obligación por parte de los poderes públicos de adecuar su actuación/omisión y su comportamiento general en los casos futuros al sentido en que el tribunal constitucional ha resuelto

fundamentos jurídicos de la sentencia (*tragende Gründe*), es señal inequívoca de una autocomprensión del tribunal constitucional, marcada por su determinante papel de “intérprete definitivo” del derecho constitucional.³⁶

Por otra parte, tanto normativa como jurisprudencialmente se produce una equiparación, en el orden de los efectos, del pronunciamiento estimatorio y desestimatorio. Salvo la posible anulación de la norma (o su mera declaración de inconstitucionalidad) ambos vinculan igualmente y ambos tienen efectos generales. Ello implica una concepción de la sentencia desestimatoria muy lejana a la de la mera “*infondatezza*” de la cuestión italiana. Pero, ante todo, plantea en toda su extensión el problema del dinamismo interpretativo en el sistema de control. Vinculación y efectos generales y, sobre todo, la ampliación del primer efecto a la moti-

“una cuestión litigiosa de derecho constitucional”. De esta vinculación quedaría excluido el propio tribunal constitucional, que puede “replantearse” sus concepciones del derecho. Por otra parte, el efecto de “*Bindungswirkung*” estaría sometido también a unos límites temporales, ya que la vinculación desaparecería cuando, a juicio del tribunal constitucional, se dieran cambios considerables en los hechos, en las leyes o en el concepto de derecho que ha sido la base del pronunciamiento constitucional. Maunz *et al.*, *ibidem*, pp. 14 y ss. El punto más polémico, sin embargo, se encuentra en la constante jurisprudencia que incluye dentro de este efecto vinculante a los fundamentos jurídicos de la sentencia.

³⁶ En una línea jurisprudencial constante, iniciada en la *BverfGE*, 1, 14 (37), la llamada *Südweststaaturteil*. Así, vincularía “las causas de la decisión cuando el propio Tribunal quiere abiertamente conceder a ciertos razonamiento un concreto carácter regulativo y los fundamenta detalladamente”, Maunz, *et al.*, *ibidem*, p. 15. El concepto presenta, sin embargo, dificultades evidentes de individualización y el propio Geiger, firme defensor de la vinculación, en ocasiones, define ésta como aquellas afirmaciones “con las que el fallo se encuentra en una relación de tal modo intrínseca y estrecha que, al ser imprescindibles en el razonamiento, el fallo no puede mantenerse si una de ellas no es tenida en cuenta” y a veces como aquéllas “que el tribunal tiene por necesarias para justificar su sentencia, y que por tanto son consideradas a fondo y su formulación bien sopesada, y así constituyen los elementos fundamentales de la motivación”. Schlaich, *op. cit.*, nota 1, p. 279. No hay duda, sin embargo, de que con ello el tribunal constitucional refuerza su propia posición en el sistema. El propio órgano, defendiendo esta vinculación, se ha calificado como “*massgeblichen Interpretier und Hüter der Verfassung*” y como “*verbindliche Instanz in Verfassungsfragen*” (*BverfGE* 40, 88 (93)). La concepción del tribunal constitucional como cuarto poder está ya en Geiger y en Doebling, y un autor como Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, *NJW*, 1976, p. 2099 (citado por Schlaich), habla de su participación “en la expresión del poder constituyente”. Un entendimiento más restringido de este papel puede verse en Simón, H., “La jurisdicción constitucional”, *Manual de derecho constitucional*, *cit.*, nota 1, pp. 823 y ss., con amplia bibliografía sobre el tema en la nota 38 de la obra citada.

vacación de la sentencia de rechazo, plantean riesgos a los que no es ajena la literatura jurídica más reciente. La predicada no vinculación del tribunal a su doctrina es una respuesta dogmática establecida que empieza a considerarse insuficiente.³⁷

Sin embargo, el problema de la apertura constitucional al cambio no se relaciona, por lo general, en Alemania con la institución de la cosa juzgada. Y ello es así porque la adopción de un concepto rigurosamente clásico y restrictivo de la institución, donde se remarcan sus límites objetivos y subjetivos pero, ante todo, sus límites temporales, deja, en parte, al descubierto cómo, aún en un sistema con fuerte tendencia a la rigidez, el efecto de cosa juzgada no tiene por qué impedir el replanteamiento de la duda de constitucionalidad y el cambio jurisprudencial.

De hecho, aún cuando ni el recurso directo ni, obviamente, la cuestión de inconstitucionalidad, están sometidos a un plazo de presentación, la jurisprudencia y la doctrina alemana siempre han admitido la posibilidad de replanteamiento.³⁸ Para ello no es obstáculo la vinculación de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia constitucional, en cuanto esta sujeción se limita a la interpretación que deba darse a la constitución y a las interpretaciones de la norma legal que hayan sido consideradas contrarias a la ley fundamental por el tribunal constitucional.³⁹

Pero tampoco es un impedimento general el reconocimiento de que la sentencia desestimatoria goza de fuerza juzgada. Sin estar este efecto contemplado en el derecho positivo, la jurisprudencia del Tribunal y la doctrina son prácticamente unánimes en aceptar el instituto,⁴⁰ superadas pronto ciertas reticencias que giraban básicamente en torno a la naturaleza objetiva del juicio a la ley.⁴¹ Y quizá, porque inmediatamente surgió el

³⁷ Para las críticas más actuales al concepto de vinculación y, muy especialmente, a la inclusión en el mismo de la *tragende Gründe*, véase capítulo II, nota 30 de la obra citada.

³⁸ Maunz *et al.*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., nota 12, pp. 12 y ss, y Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., nota 1, pp. 273 y 274 y nota 77 de la obra citada, con amplia jurisprudencia en tal sentido.

³⁹ Schlaich, *ibidem*, p. 254.

⁴⁰ La jurisprudencia del tribunal constitucional afirmando la existencia de un efecto de cosa juzgada en la sentencia constitucional es constante, y así también lo mantiene la inmensa mayoría de la doctrina, vid una amplísima reseña de ambos en Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, Munich, 1991, p. 304, nota 156 de la obra citada.

⁴¹ Geiger, "Die Grenzen der Bindungsverfassungsgerichtlicher Entscheidungen", *NJW*, 1954, p. 1057, y Kriele en su *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1976, pp. 295 y ss.,

problema de delimitar esta eficacia respecto a la también común de la vinculación y los efectos generales, o, más probablemente, por el grado de estabilidad que estos efectos ya producían, desde sus inicios en la literatura jurídica alemana optó por una configuración estrictamente procesal del instituto.⁴²

Así, frente a la vinculación, la cosa juzgada tendrá un límite objetivo identificado con el contenido concreto del “fallo” (con el “tenor” de la sentencia) aún cuando la motivación puede servir para su mejor comprensión. Frente al efecto de “fuerza de ley” del pronunciamiento, la cosa juzgada afectará únicamente a las partes procesales, diferentes según sea el procedimiento que dé origen a la sentencia.⁴³ Y, al igual que la vincu-

quienes consideraban que no podría darse el efecto de cosa juzgada allí donde los ciudadanos no intervenían directamente como partes estrictamente procesales. Por otro lado, autores como Friesenhahn en “Zum inhalt und zur wirkung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes”, *Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini*, Milán, 1970, t. I, p. 698, o el propio tribunal constitucional de Baviera (BayVGHE TS, p. 166 (p. 183)), entendía que en el control de normas faltaba una “controversia concreta sobre la concreta relación jurídica entre las partes procesales”. Un buen estudio sobre estas posturas, en Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1979, pp. 30 y ss., y Bocanegra, *op. cit.*, nota 9, pp. 51 y ss. En un sentido inverso, algunos autores, incluso utilizan el concepto de cosa juzgada de la sentencia constitucional para intentar cuestionar la amplia vinculación que la jurisprudencia atribuye a los pronunciamientos, ex artículo 31 BverfGG, así Vogel en “*Rechtskraft und Gesetzeskraft...*” (obra citada por Bocanegra, *op. cit.*, nota 9, véase la recepción de esta postura en España) o más recientemente Detterbeck, “Normenwiedesholungsverbote aufgrund normverwefender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?”, *AÖR*, 1991, pp. 411 y ss.

⁴² Benda y Klein, *Jahrbuch der Verfassungsprozessrechts*, Heidelberg, 1991, pp. 502 y ss., Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, pp. 13 y ss.; W. Löwer, “Zuständigkeiten und Verfahren der Bundesverfassungsgericht”, *Handbuch des Staats Rechts*, t. II (Isensee/Kirchhof, Hrsg) Heidelberg, 1987, pp. 794 y 795; Schlaich, *op. cit.*, nota 1, pp. 272-274, o la monografía de Wischermann, *ibidem*, pp. 19-38.

⁴³ Wischermann, *ibidem*, pp. 36 y 37, o Schlaich, *ibidem*, p. 273. Más dudosa es la posición de Pestalozza, *op. cit.*, nota 40, pp. 307 y ss., que sin embargo, habla de cosa juzgada “frente al Tribunal constitucional, a jueces posteriores y frente a terceros en el sentido de que la decisión que los vincula tiene carácter decisivo o definitivo”. La mayoría de la doctrina, no obstante, subraya que la admisión de una “obligación general” de las sentencias sobre normas como elemento de la cosa juzgada es innecesaria, ya que esta obligación se produce a través de su “fuerza de ley”, vía artículo 31.2 BverfGG, véase Schlaich, *idem*, o Löwer, *op. cit.*, nota 34, p. 795 y, anteriormente, K. Lange, “Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen der Bundesverfassungsgerichts”, *JUS*, 1978, pp. 2 y ss.

lación y la fuerza de ley, la cosa juzgada estará sometida a un límite temporal entendido en un sentido amplio, es decir, cuando se produzcan “nuevos hechos, transformaciones en el derecho o en las condiciones jurídicas generales” la identidad entre *res iudicata* y *res iudicanda* desaparece y no se produce, por tanto, el efecto obstativo del instituto.⁴⁴

Se salva así la posibilidad de volver a cuestionar la constitucionalidad de una ley, permitiendo de este modo al TC realizar una reformulación evolutiva de su jurisprudencia. Pero, a la vez, se considera que el Tribunal no puede jurídicamente conocer de nuevo una duda idéntica a la que ya previamente rechazó. Son, pues, los límites de la cosa juzgada los que en último término definirán si nos encontramos ante esta identidad y si la sentencia desestimatoria anterior despliega frente al caso su eficacia de *iudicato*.⁴⁵ Una sentencia desestimatoria que, en el nivel hermenéutico, y no en el procesal de la cosa juzgada, sí se encuentra siempre dotada de fuerza vinculante. De ahí también que en Alemania la polémica entre la forma desestimatoria o estimatoria de la sentencia interpretativa carezca de la trascendencia del caso italiano o portugués, prevaleciendo de hecho las fórmulas desestimatorias más acordes, quizá, con algunas de las finalidades del principio de interpretación conforme a la Constitución.⁴⁶ De ahí también las reticencias hacia las fórmulas de “estimación parcial

⁴⁴ Schlaich, *ibidem*, pp. 273 y 274, con notas 76 y 77 de la obra citada, donde se da amplia bibliografía y jurisprudencia constitucional en este sentido. Muy claro también Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, “Artículo 31”, pp. 11 y ss.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, BverfGE 33, 199; 82, 19; 86, 341.

⁴⁶ En Alemania prácticamente no existen dudas sobre el hecho de que la sentencia desestimatoria interpretativa supone una implícita declaración de inconstitucionalidad con alcance general de la “norma” contenida en el pronunciamiento, véase, por todos, Löwer, *op. cit.*, nota 34, pp. 779 y 811, quien habla de “veredicto de inconstitucionalidad relativo a una variante normativa concreta de la interpretación”. Para Maunz, *op. cit.*, nota 12, p. 19, la vinculación de este tipo de sentencias implica, por una parte, que el tribunal constitucional debe determinar las normas o límites que se desprenden del derecho constitucional a la hora de interpretar la ley ordinaria y, por otra, que si el Tribunal decide en este marco que una posible interpretación de la ley no es compatible con la Constitución, la magistratura ordinaria no puede considerar jurídicamente fundada dicha interpretación en su labor jurisdiccional posterior. Cuestión distinta es la vinculatoriedad de la interpretación que el tribunal constitucional considera constitucional. Respecto a ello, la mayoría de la doctrina entiende que el juez, si bien no puede considerar inconstitucional la interpretación acogida por el tribunal (salvo que los límites temporales difuminaran dicha vinculación), sí puede, en cambio, considerar una tercera interpretación de la norma como constitucional y aplicable. Véase, el clásico estudio de Bettermann, *Die Verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, 1986, pp. 44 y ss.

cualitativa”, y la solución al problema de la reparación de la desigualdad normativa a través de la ruptura del binomio inconstitucionalidad/nulidad, en las sentencias de “inconstitucionalidad sin nulidad” o de “mera inconstitucionalidad”.⁴⁷

Desde la perspectiva del ordenamiento y la doctrina española, una primera reflexión parece evidente. Nuestro sistema de efectos del pronunciamiento constitucional no sólo tiene una influencia original, sino un claro paralelismo con el esquema alemán. Más allá de la mayoritaria negación de efectos generales para la sentencia desestimatoria, y de la no exacta identificación de éstos con el concepto de “fuerza de ley” alemán, lo cierto es que en nuestro país también desempeña un papel fundamental la idea de vinculación a los poderes públicos de la actividad interpretativa del tribunal. Y que como es sabido, la positivización de ese efecto en el artículo 38.1 de la LOTC, así como también en los artículos 11 y 40.2 y, ante todo, en el decisivo artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha determinado una concepción de la función hermenéutica del TC, que si bien no es llevada a los extremos funcionales de la doctrina y la jurisprudencia alemana, sí es claramente superior como “idea-fuerza” a la de otros países de nuestro entorno. Es este efecto de vinculación el que ha permitido, a pesar de otras posibles explicaciones doctrinales quizás más correctas, superar la fuerte dicotomía entre sentencia estimatoria y desestimatoria en el campo de la interpretación conforme a la Constitución y reafirmar, sin prácticamente contestación, la eficacia de la sentencia interpretativa en su forma desestimatoria.⁴⁸ Es significativo por otra

⁴⁷ Véase, en relación con este tema, los trabajos de González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2000, especialmente pp. 194-204 y 237 y ss., y López Bofill, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, 2004, pp. 96 y ss., con una amplia bibliografía y jurisprudencia al respecto.

⁴⁸ Es prácticamente unánime la concepción de que la superioridad interpretativa del tribunal constitucional se traduce en una vinculación general de sus pronunciamientos sobre la Constitución y sobre la constitucionalidad de la ley, independientemente del tipo de sentencia en que se plasmen: véase por ejemplo, Rubio Llorente, “Sobre las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *La forma del poder*, cit., nota 1; Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, o López Guerra, “El Tribunal Constitucional y el principio «stare decisis»”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, t. II, entre los estudios iniciales. Posteriormente, véase por ejemplo, Punset, “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, cit., nota 1; Jiménez Campo, “Qué hacer con la ley

parte que se hayan producido reacciones críticas frente al fenómeno de las sentencias “manipulativas” desde la perspectiva de los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, pero que, en general, no se haya radicalmente cuestionado la eficacia frente a la magistratura de la “reconstrucción” normativa que estos pronunciamientos implican.⁴⁹

En este contexto, no deja de resultar curioso que las conclusiones doctrinales acerca de la permanencia del *dictum* constitucional y su compatibilidad con la evolución de la jurisprudencia del tribunal constitucional hayan terminado acercándose a las mantenidas en países como Italia o Portugal. La práctica desaparición del efecto de cosa juzgada en los estudios sobre la eficacia de la sentencia, o más directamente, la línea doctrinal que niega la existencia de este efecto en el pronunciamiento desestimatorio a causa de la posibilidad de replantear la constitucionalidad de la norma legal, son buenos ejemplos de este acercamiento de posturas, que ya se inició cuando en algunos de los primeros estudios sobre el tema se

inconstitucional”, *cit.*, nota 1, o Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, 2001. Esta acentuación de la función hermenéutica del Tribunal (el inicial trabajo de García Pelayo, “El *status* del tribunal constitucional”, *REDC*, 1981), que lleva a hablar del artículo 5.1 de la LOPJ como de “una auténtica revolución normativa”, que “viene a equiparar la doctrina del tribunal constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria” (López Guerra, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, 1997, e Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional*, Barcelona, 1987, respectivamente) siempre ha levantado, no obstante, objeciones en una corriente claramente minoritaria de la doctrina. Véase, prontamente, Elizalde y Aynerich, “El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia” o Pastor Ridruejo, “Aplicación de la ley y control de constitucionalidad”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. I, o, fundamentalmente, Santos Vijande, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, su eficacia respecto a los tribunales ordinarios*, Granada, 1995. Este último autor, sintetizando toda esta corriente, pretende reducir la eficacia propiamente vinculante de las sentencias sobre la ley a los pronunciamientos interpretativos con fallo expresamente de tal carácter, a los que únicamente se referiría el artículo 40.2 LOTC. El artículo 5.1 LOPJ quedaría diluido en un deber general de interpretación conforme a la constitución, que reconduciría la primacía exegetica del tribunal al marco en cuanto a su naturaleza y efectos del artículo 1.6 CC (valor de la jurisprudencia ordinaria en el ordenamiento). La eficacia real de la interpretación del tribunal constitucional quedaría así, en último término, en manos del Tribunal Supremo, con la excepción del ámbito protegido por el recurso de amparo.

⁴⁹ Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma...”, *op. cit.*, nota 1; González Beilfuss, *op. cit.*, nota 47, con un posicionamiento más favorable que los anteriores autores, Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, 2001, y la amplia bibliografía allí citada.

tendió a identificar el efecto de cosa juzgada con la eficacia general de la sentencia de rechazo, y a denunciar los riesgos de “petrificación” de la jurisprudencia y el peligro de consagrar una “interpretación auténtica” de la Constitución.⁵⁰

Quizá sea posible, no obstante, entender el efecto de cosa juzgada de la sentencia constitucional sobre la ley en línea con el modelo alemán. De ahí que optemos por entender que la cosa juzgada, prevista constitucional y orgánicamente, se configura como el efecto procesal típico de la sentencia como acto de jurisdicción. Un efecto que no es obviamente exclusivo, que debe ser compatible con la vinculación y el posible efecto general del pronunciamiento, pero que despliega tan sólo una eficacia obstativa frente al resto de los tribunales del mismo orden y, por tanto aquí frente al tribunal constitucional, lejos de cualquier efecto jurídico material.

Como instituto de configuración legal, la cosa juzgada constitucional podía haber sido específicamente modulada en la Constitución o en la LOTC. Creemos, sin embargo, que no lo ha sido. Puede mantenerse que los artículos 28.2 y 38.2 LOTC tan sólo regulan el régimen de compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la ley. De la jurisprudencia constitucional sobre este aspecto se pueden deducir dos conclusiones: que pese a la inicial intención del legislador orgánico, se reafirma la compatibilidad entre el recurso y la cuestión, y que, en ningún momento, se postula claramente la posibilidad de replantear dudas idénticas sobre la constitucionalidad de la norma legal.⁵¹ De ahí que sea posible defender la existencia de una eficacia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, pero también que haya que precisar con especial rigor los límites del instituto para hacerlo compatible con una efectiva posibilidad de replanteamiento. En el fondo, vuelve a aparecer la constante tensión entre la finalidad de la cosa juzgada, en cuanto a seguridad y certeza, y las especiales características de flexibilidad y apertura del derecho constitucional. Y de ahí también que pensemos que un concepto de *res iudicata*

⁵⁰ Martín de la Vega, “Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los límites de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10 y 11, 2002-2003, pp. 368 y ss.

⁵¹ Martín de la Vega, “La compatibilidad entre los dos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad del título II de la LOTC. Los artículos 29.2 y 38.2 LOTC y la eficacia de la sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003, pp. 113 y ss.

próximo al entendimiento clásico que del mismo se tiene en la teoría procesal, es el que, como demuestra el modelo alemán, mejor se adapta a esta tensión.

Quizá, no obstante, el límite objetivo de la cosa juzgada deba entenderse con una cierta flexibilidad en los procesos de control de leyes. La estricta reducción al tenor literal del fallo obviamente no puede en ocasiones aportar el sentido concreto de la decisión del Tribunal, lo cual, por otra parte, es algo aceptado unánimemente en cualquier estudio sobre la cosa juzgada en general.⁵² Pero en el juicio a la ley esta realidad adquiere una dimensión más concreta. Como ya tempranamente subrayó Rubio Llorente,⁵³ los sistemas europeos de jurisdicción constitucional nacieron, y básicamente permanecerían configurados, en torno al pronunciamiento sobre el texto legal, único al que en principio se entendió aplicable la sanción de nulidad/anulabilidad. Dejando aparte las tensiones técnicas y funcionales que esta concepción “formal” del juicio implica,⁵⁴ lo cierto es que las nuevas tipologías de sentencias, fruto de las necesidades prácticas de actuación de los tribunales constitucionales obligan a distinguir, al modo de Jiménez Campo,⁵⁵ entre un objeto de la impugnación, un objeto del juicio, y un objeto del pronunciamiento. En este último, en el objeto del pronunciamiento, la tensión entre una impugnación textual, y un juicio de carácter predominantemente material o sobre la “norma”, encuentra, en ocasiones, fórmulas mixtas que van más allá del clásico supuesto de la sentencia interpretativa. Cuando se pretende determinar la eficacia de cosa juzgada de un pronunciamiento, y a salvo de meras especulaciones teóricas, se procede de hecho a comparar entre dos realidades jurídicas: la *res iudicata* y la *res iudicandi*. Si la segunda vendría determinada por la que puede considerarse, en propiedad, el “objeto de la impugnación” del nuevo recurso o cuestión, no cabe olvidar que para determinar la *res iudicata*, para precisar lo efectiva y previamente juzgado, hay que tener en cuenta este carácter mixto del objeto del pronunciamiento anterior. Por ello no es casi nunca suficiente el mero tenor literal

⁵² De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal)*, Madrid, 1991, pp. 61 y ss., así como 73 y ss.

⁵³ Rubio Llorente, “La jurisprudencia constitucional...”, *cit.*, nota 1, pp. 506 y ss.

⁵⁴ González Beilfuss, *op. cit.*, nota 47, especialmente el capítulo primero, pp. 11 y ss.

⁵⁵ Entre sus otros muchos trabajos donde se recoge la distinción, véase “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pp. 89-93.

del fallo. Pero en lo concretamente decidido juega también siempre ese factor formal que define el *petitum* y la *causa petendi*. El problema de conceptos como el de la “concreta norma de decisión” que adopta Boca-negra de Vogel es que parecen ir más allá, incluyendo las razones que justifican el pronunciamiento, y no los elementos que lo definen más perfectamente. Con ello, se entra en el ámbito de la vinculación, que lo es a la “norma interpretativa” que se deduce de la sentencia, y nos alejamos de lo estrictamente necesario para precisar la *res iudicata* frente a la *res iudicandi*. Otra cosa es que éste sea el concepto más adecuado para quien pretende prescindir del efecto vinculante.

La identificación, que realiza la doctrina alemana, entre límites subjetivos de la cosa juzgada y participantes en el proceso constitucional nos parece adecuada. Es evidente que el concepto de parte procesal presenta peculiaridades importantes en el juicio sobre la ley frente a la teoría general procesalista.⁵⁶ Sin embargo, a los efectos de determinar la existencia de un efecto de cosa juzgada de una primera sentencia del TC estas peculiaridades y, ante todo, los problemas que plantea el límite subjetivo pueden probablemente relativizarse. Semejante criterio delimitativo desempeña de hecho un papel menor en el sistema de control constitucional, en cuanto que sus potencialidades a la hora de determinar la identidad de la duda constitucional son prácticamente irrelevantes. En el caso español, un análisis de la legitimación procesal en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad nos lleva a observar una práctica coincidencia en los intervinientes en el proceso ante el Tribunal Constitucional.⁵⁷ En estrictos términos jurídicos el vinculado por la cosa juzgada es el tribunal que conoce en el juicio posterior. Es, así, el alto tribunal el verdadero sujeto de la vinculación y de ahí las posibles paradojas del efecto de cosa juzgada de las sentencias, pero también la relativización del límite subjetivo, convertido en mero criterio instrumental al servicio de la determinación de la identidad de la duda sobre la constitucionalidad. Debe quedar claro, en todo caso, que siempre debe distinguirse, como vimos que acentúa Garrorena en la doctrina española,⁵⁸ entre una vinculación del tribunal

⁵⁶ Sobre la legitimación en el proceso constitucional, véase Sánchez Morón, “La legitimación activa en los procesos constitucionales”, *REDC*, 1983, y Aragón, M., “artículo 162. Legitimación en los procesos constitucionales”, *Comentarios a la Constitución Española*, *cit.*, nota 1, pp. 258 y ss. y bibliografía allí citada.

⁵⁷ Véase artículos 162 C, 32-33 y 37 LOTC.

⁵⁸ “Artículo 164”, *Comentarios a la Constitución...*, *cit.*, nota 1, pp. 348 y ss.

constitucional a la cosa juzgada que le impide jurídicamente conocer de un problema de constitucionalidad idéntico, mientras considere que lo es, de una rechazable vinculación del tribunal constitucional a sus precedentes, algo subrayado por la doctrina alemana al negar la “autovinculación” del Tribunal en el ámbito de la *Bindungswirkung*.

Por último, el límite temporal es evidentemente decisivo a la hora de determinar la existencia de la cosa juzgada constitucional. En nuestro país, los estudios de un procesalista de la categoría de Guasp⁵⁹ ya remarcaron, desde muy pronto, la importancia de este factor en el juicio civil. Sin embargo, en el ámbito del proceso constitucional no siempre ha recibido la atención que le corresponde, en parte porque relativiza muchas de las objeciones que contra el *iudicato* se han presentado en este campo. No puede olvidarse tampoco que este límite no sólo resulta funcionalmente imprescindible para asegurar el dinamismo de la jurisprudencia constitucional, sino que enlaza con una reformulación del concepto de “inconstitucionalidad” y, por tanto, de “constitucionalidad” en su aspecto “diacrónico”, que se corresponde con las exigencias más actuales de la jurisdicción constitucional.⁶⁰

A lo largo del estudio se ha señalado ya la particular aporía de la cosa juzgada constitucional. Ni nuestro tribunal constitucional ni, en general, cualquier otro, define claramente los criterios ni los límites de este efecto, aún cuando lo mencione a la hora de rechazar el conocimiento de alguna cuestión. Por otra parte, ni siquiera los tribunales que parecen negarlo, lo suelen hacer directamente, sino que se limitan a la aceptación de dudas idénticas, aun con “matizaciones” siempre equívocas, o a reafirmar la posibilidad genérica de replanteamiento. Así las cosas, la búsqueda doctrinal de los límites de la cosa juzgada corre el riesgo de parecer una mera entelequia teórica. En los países en donde se rechaza, siempre es posible mantener que no hay “identidad” entre los supuestos comparados; en aquellos donde mayoritariamente se afirma, la construcción doctrinal siempre debe hacerse cargo de que en último término está definiendo un efecto vinculante cuya apreciación real en el caso concreto está lejos de poder fijarse con criterios objetivos y, en todo caso, le corres-

⁵⁹ Así, su precursor trabajo, *Los límites de la cosa juzgada*, Madrid, 1948.

⁶⁰ Jiménez Campo “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *cit.*, nota 1, pp. 19 y ss., y Spadaro, A., “Dalla Costituzione como ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla Costituzione como processo (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, *Quaderni Costituzionali*, 1998.

ponde hacerlo al propio Tribunal del que se afirma la vinculación. No obstante, en la medida en que la reflexión teórica pueda aportar elementos clarificadores sobre este aspecto de la justicia constitucional, contribuirá a la explicación, justificación o crítica de las decisiones del Tribunal Constitucional y con ello, quizá, al mejor desempeño de la función de máximo intérprete de la Constitución que éste tiene encomendado.

ANÁLISIS DEL POSIBLE EFECTO
EXTENSIVO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA
DE AMPARO EN MATERIA PENAL
A LOS COACUSADOS NO RECURRENTES

Fernando MARTÍN DIZ*

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión. La referencia: sentencia del Tribunal Constitucional 192/2004, del 2 de noviembre.* II. *Efectos generales de las sentencias de amparo estimatorias.* III. *El efecto extensivo de la sentencia a los no recurrentes en la casación penal española.* IV. *Repercusión del posible efecto extensivo en la sentencia de amparo en materia penal a los no recurrentes.* V. *Posición final.* VI. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA REFERENCIA:
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 192/2004,
DEL 2 DE NOVIEMBRE

Pretendemos analizar en el presente trabajo, dentro de la temática general de los efectos de las sentencias estimatorias de amparo, el posible (o no) efecto extensivo de estas en materia penal a los coacusados no recurrentes, cuestión que fue planteada en la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 192/2004, del 2 de noviembre¹ (recurso de amparo número 170/2003), mediante voto particular concurrente que formularon los magistrados don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez.

* Profesor titular de Derecho procesal en la Universidad de Salamanca, España.

¹ Puede obtenerse el texto completo de dicha sentencia en www.tribunalconstitucional.es, o bien en el suplemento al *Boletín Oficial* del Estado núm. 290, del 2 de diciembre de 2004, pp. 88-93 (disponible también en www.boe.es).

No se trata, en modo alguno, de una cuestión de absoluta novedad en la jurisprudencia constitucional española puesto que como examinaremos en ulteriores reflexiones ya ha sido planteada y resuelta en algún otro precedente del Tribunal Constitucional,² si bien parece oportuno, y más en el trance actual del caso español en plena vorágine de reforma legislativa de la normativa procesal constitucional (elaboración y promulgación de una reforma de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,³ en adelante LOTC), tratar de arrojar luz sobre la cuestión y, en su caso, aportar modestamente una solución viable.

El planteamiento del estudio proyectado debe arrancar, entendemos, con la exposición del asunto de referencia, esto es, el asunto planteado y resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 192/2004, del 2 de noviembre,⁴ recurso de amparo núm. 170-2003 promovido por don Berend Jan Rensink frente a sentencia núm. 651/2002 del 15 de noviembre de 2002 de la audiencia provincial de Granada (sección segunda) que le condenó por un delito contra la salud pública alegando una vulneración de los derechos a un proceso con garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 Constitución Española) aduciendo que la condena pronunciada en apelación se había efectuado sin haber celebrado vista pública.

En cuanto a los hechos relevantes para la resolución del recurso de amparo del cual trae causa la sentencia que sustenta nuestras consideraciones, de forma muy sucinta,⁵ son los siguientes: el demandante de amparo fue acusado en su momento, junto con otro, de un delito de tráfico de drogas, siendo absuelto en primera instancia por sentencia del Juzga-

² Con cierta identidad de razón al caso expuesto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional anteriormente en las sentencias 11/1992, del 27 de enero, y, ulteriormente a la que es objeto de análisis, 249/2005, del 10 de octubre.

³ Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (publicada en el BOE de 25 de mayo de 2007 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial). Corresponde al Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Referencia: *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, número 121/000060 del 25 de noviembre de 2005.

⁴ Ponente: magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, resuelta en la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

⁵ Para conocer al detalle los hechos y antecedentes del asunto puede consultarse la sentencia del Tribunal Constitucional en su apartado I (antecedentes).

do de lo Penal núm. 1 de Motril del 25 de junio de 2002, al estimar que no había quedado acreditada la participación de los acusados en los hechos. Dicho razonamiento del juez de lo penal se asienta básicamente en que la única prueba de su participación en los hechos enjuiciados era la existencia de un contrato de alquiler de la furgoneta donde se halló la droga, contrato de alquiler que además figuraba a nombre del otro coacusado (que como ya advertimos de entrada, no fue recurrente en amparo) y que en ningún caso se demostró en el juicio que hubiera contacto material ni visual entre los coacusados y la furgoneta que cargaba la droga.

Recurrida la sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal, este recurso fue estimado por sentencia de la audiencia provincial de Granada (sección segunda) del 15 de noviembre de 2002, mediante la que se condena al ahora demandante de amparo, así como al otro coacusado (no recurrente en el amparo constitucional del cual trae causa la sentencia 192/2004), “como autores de un delito contra la salud pública de sustancia que no causa grave daño a la salud y de notoria importancia, a la pena de tres años y nueve meses de prisión...” una vez la audiencia provincial llega a la convicción de que, mediante la aplicación de una serie de pruebas indiciarias sobre las cuales válidamente puede sustentarse la apreciación de los hechos, ambos coacusados, previamente concertados, fueron a retirar la furgoneta, que previamente había alquilado el coacusado no recurrente en amparo (Jan Arend Roelof Velthuisen), para transportar droga y distribuirla posteriormente.

El demandante de amparo (Berend Jan Rensik) aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, Constitución Española), del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, Constitución Española), aunque la demanda de amparo se centra fundamentalmente en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías pues la sentencia de apelación (dictada por la audiencia provincial de Granada) revoca la sentencia absolutoria dictada por el juez de lo penal de Motril como consecuencia de una nueva valoración de la prueba practicada en el juicio oral ante el juez de lo penal, bajo la observancia del principio de inmediación que se no se da en la en la fase de apelación, llevando a un cambio de sentido en la sentencia respecto de la primera instancia no limitado a un cambio de criterio en cuestiones estrictamente jurídicas sino que revisa y corrige la valoración de la prueba realizada por, y ante, el juez de lo penal en primera instancia.

El Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda de amparo mediante providencia del 31 de marzo de 2004 así como procedió a comunicar a los órganos jurisdiccionales donde habían tenido lugar las actuaciones (audiencia provincial de Granada y Juzgado de lo Penal de Motril) que emplazasen a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo (Berend Jan Rensik), para que si lo desearan pudieran comparecer en el proceso de amparo. Dicho emplazamiento se efectuó al otro coacusado, a la postre no recurrente (Jan Arend Roelof Velthuisen) a través de su procuradora, quien presentó escrito en el que ponía de manifiesto que ignoraba el paradero de su representado, por lo que tanto ella como el letrado director renunciaban a su defensa y representación debido a la imposibilidad de ejercitarlas correctamente. Por providencia del 3 de junio de 2004 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó no haber lugar a lo solicitado, toda vez que la procuradora había sido emplazada en debida forma sin justificar si dicha representación le había sido conferida libremente o por el turno de oficio. Posteriormente el 16 de julio tuvo entrada en el Tribunal Constitucional un nuevo escrito de la procuradora del coacusado no recurrente en el que aducía que, al carecer de poder notarial, instrucciones o medios para personarse en forma ante el Tribunal Constitucional en nombre de Jan Arend Roelof Velthuisen, solicitaba el nombramiento de procurador y letrado de oficio así como formulaba unas alegaciones de contenido sustancialmente semejante al recurso de amparo y terminaba solicitando también para este coacusado no recurrente y rebelde el otorgamiento de éste con adhesión al recurso de Berend Jan Rensik. El Tribunal Constitucional por providencia del 22 de septiembre de 2004 acordó unir a los autos el escrito presentado y estar a lo ya resuelto en la precitada providencia del 3 de junio de 2004.

Por último indicar que el Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito del 6 de julio de 2004 en el cual interesa la estimación de la demanda de amparo al concluir, respecto de la queja del demandante relativa a la vulneración de un proceso con todas las garantías por la falta de inmediación, debate y contradicción con la que se pronunció la sentencia de apelación, que llega en definitiva a una valoración de los hechos y pruebas al margen de la posible intervención del acusado.

En la fundamentación jurídica de la sentencia, el Tribunal Constitucional observa que la cuestión por tanto se centra básicamente en consta-

tar si la sentencia de apelación respetó la exigencia de las garantías de publicidad y contradicción para proceder a una nueva valoración de las pruebas en la segunda instancia que se derivan del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y en particular del principio de inmediación que rige en el proceso penal (salvo determinados casos de pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración si es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducir el debate procesal porque dada su naturaleza no precisan de inmediación tal y como ha establecido el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia). En el fundamento jurídico 3 detalla como la aplicación de dicha doctrina del Tribunal Constitucional al caso de autos conduce derechamente a la estimación del recurso de amparo toda vez que se pone de manifiesto que fue la nueva valoración de la prueba efectuada por la audiencia provincial respecto de la prueba testifical y del interrogatorio de los acusados la que fue determinante en la alteración de los hechos probados de los que se deriva la condena del demandante de amparo y del otro acusado —no recurrente en amparo—, puesto que condenó (y revocó con ello la sentencia del juez en la instancia) sustentando su argumentación y convicción en una nueva valoración de prueba que no se practicó ante ella vulnerando los principios de publicidad, inmediación y contradicción que integran el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, Constitución Española).

A mayores, en el fundamento jurídico 4 razona que igualmente se produce una lesión en el derecho fundamental a la presunción de inocencia al encontrar un vacío probatorio respecto del demandante de amparo si se excluye en la nueva valoración las declaraciones de los testigos y de los acusados que al no respetar en la apelación los principios básicos para su utilización como medio de prueba dejarían la cuestión en que la única prueba subsistente vincula la furgoneta en que se halló la droga exclusivamente con el condenado no recurrente en amparo, pero en ningún caso opera como prueba de cargo frente al que sí es recurrente.

Resuelven definitiva el tribunal constitucional, en sentencia del 2 de noviembre de 2004, estimar la demanda de amparo presentada por Berend Jan Rensik y, en consencuencia:

- 1) Declarar que han sido vulnerados los derechos del demandante a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2, Constitución Española).

- 2) Reestablecer al recurrente en la integridad de sus derechos y, a tal fin, anular respecto de él la sentencia núm. 651/2002 dictada por la Sección Segunda de la audiencia provincial de Granada del 15 de noviembre de 2002.

Nótese ya de entrada, lo anticipamos cara a subsiguientes ponderaciones, que el contenido del fallo es determinadamente individual y únicamente referido al coacusado demandante de amparo (Berend Jan Rensik) y no hace alusión alguna al otro coacusado (en principio, y según el escrito presentado por su procuradora sin mandamiento expreso por el representado al no poder ser localizado, solicitando el otorgamiento del amparo también para él con adhesión al amparo efectivamente promovido), puesto que en este sentido el Tribunal Constitucional ha efectuado una desestimación explícita de la posible vulneración de sus derechos fundamentales procesales al indicar en el fundamento jurídico 5 de la sentencia que el “alcance del amparo que se otorga se ciñe exclusivamente al demandante de amparo, Berend Jan Rensik, pues el otro condenado en la sentencia impugnada, Jan Arend Roelof Velthuisen, no acudió en amparo ante este tribunal. A tal efecto carece de relevancia que la procuradora presentara el escrito a que se ha hecho referencia en los antecedentes de esta Sentencia interesando también el otorgamiento del amparo a favor de Jan Arend Roelof Velthuisen, pues, al margen de que no se le haya tenido por personado, venimos reiterando (STC 78/2003, del 28 de abril) la imposibilidad de que

quienes se personan en un proceso constitucional de amparo a tenor del artículo 51.2 LOTC, una vez admitido a trámite el recurso (AATC 308/1990, del 18 de julio, y 315/ 1995, del 20 de noviembre), puedan convertirse en codemandantes y pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales. Lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea o sin cumplir los presupuestos de admisibilidad, y la consiguiente irregular formulación de pretensiones propias, independientes del recurso de amparo ya admitido y el socaire de éste. En suma, quienes no interpusieron recurso de amparo dentro del plazo legal, o lo hicieron en términos inadmisibles, no pueden luego deducir pretensiones propias, independientes del recurso de amparo admitido, que es el que acota el objeto del proceso. El papel de los restantes comparecientes queda reducido, pues, a formular alegaciones y a que se les notifiquen las resoluciones que recaigan en el proceso, que tiene por

objeto, exclusivamente, la pretensiones deducidas por quien lo interpuso en tiempo y forma (SSTC 241/1994, del 20 de julio, FJ 3; y 113/1998, del 1o. de junio, FJ 1).

A dicha sentencia, como anunciábamos, se formula un voto particular concurrente por parte de dos magistrados.⁶ Ambos manifiestan de entrada su más completa conformidad con la sentencia dictada pero al respecto indican textualmente que

consideramos, sin embargo, que, tras la argumentación contenida en el fundamento 5 de la sentencia de amparo, en el que concretamente se reproduce la doctrina sentada por este tribunal respecto de la imposibilidad de quienes se personan en un proceso constitucional de amparo una vez admitido a trámite el recurso puedan convertirse en codemandantes y pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales (pues lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea), debió añadirse que, no obstante la aludida imposibilidad en relación a la extensión de los efectos de la estimación de la sentencia de amparo al coacusado don Jan Arend Roelof Velthuisen, la sala *a quo* de la audiencia provincial de Granada podría, en su caso y si así lo estimara pertinente, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, aplicar a este supuesto, analógicamente, la solución prevista, a propósito del recurso de casación, en los artículos 861 bis b) y 903 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nos encontramos, en el planteamiento efectuado en el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 192/2004, ante un posible efecto extensivo (beneficioso e indirecto puesto que no lo despliega la propia sentencia del Tribunal Constitucional, ni como veremos podría hacerlo en ningún caso, sino ante una recomendación para su aplicación en la nueva sentencia que debe producirse) de una sentencia que estima el recurso de amparo en materia penal a un coacusado que no ha sido parte en el proceso de amparo constitucional. Trataremos a continuación de ir desglosando la cuestión, partiendo del aspecto más general, como es el efecto general de una sentencia de amparo estimatoria, el particular efecto extensivo de las sentencias penales en casación hacia coacusados no recurrentes en todo aquello que les pueda beneficiar, para terminar nuestro planteamiento en determinar si sería posible que directamente la

⁶ Don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez.

sentencia estimatoria de amparo otorgase por si misma el efecto extensivo al coacusado no recurrente y ello simultáneamente conciliable con la sujeción de las resoluciones de amparo a la mera y estricta tutela de los derechos fundamentales.

II. EFECTOS GENERALES DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO ESTIMATORIAS

La determinación de los efectos de la sentencia de amparo ha de partir en primer término de la consideración jurídica que el acceso a esta vía de protección jurídica de los derechos fundamentales tiene. El recurso, o quizá más propiamente, remedio que implica el acceso al amparo es netamente subsidiario en su configuración más genuina,⁷ es por tanto la última garantía jurídica de protección de derechos fundamentales en el ordenamiento interno de cada Estado y al cual sólo cabe acceder una vez agotada previamente, y sin éxito, la vía jurisdiccional ordinaria y con ello los correspondientes recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, que la misma disponga. Esta característica absolutamente descolante del amparo, la subsidiariedad,⁸ se conecta, como advierte acertadamente Remón Peñalver,⁹ con el principio medular de la independencia judicial puesto que la demanda de amparo por parte del justiciable responde en opinión, que corroboramos, del autor precitado a un recurso contra decisiones judiciales, bien porque el recurrente estima que la jurisdicción or-

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990, FJ 4: “entre sus características (del recurso de amparo) esenciales está efectivamente la del carácter subsidiario de que la Constitución no lo contempla como una vía directa, ni tampoco, necesariamente, como una vía general y única, sino especial y extraordinaria, posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los tribunales ordinarios a los que el artículo 53.2 Constitución Española encomienda la tutela general de aquellos derechos y libertades. Pero en lo que es de aplicación actual, el efecto de la subsidiariedad se concreta tanto en la exigencia del agotamiento de los recursos o acciones judiciales previos establecidos en el ordenamiento jurídico... como en la de plantear en el proceso, tan pronto hubiera lugar para ello (artículo 44.1 c) LOTC) la cuestión relativa a la supuesta vulneración de los derechos fundamentales que lo motiven y sin que la subsidiariedad conduzca, ni pueda conducir a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la Constitución Española consagra en su artículo 9.3.

⁸ Véase Gimeno Sendra, V. (con Cascajo Castro, J. L.), *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, 1988, pp. 158-168.

⁹ Remón Peñalver, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 6642, 2007, p. 4.

dinaria no protegió de manera adecuada sus derechos; en otros, porque la violación se imputa inmediata y directamente a una resolución judicial.

Desde este prisma la sentencia estimatoria de amparo únicamente debe ceñirse a la reparación jurídico-constitucional del derecho fundamental lesionado evitando, siempre y en todo caso, entrar en cualquier consideración y pronunciamiento sobre el fondo del asunto y por tanto sobre cualquier cuestión de derecho material cuyo conocimiento, aplicación e interpretación queda absolutamente reservada a la justicia ordinaria.

Hemos de tomar en primer término y para llevar a cabo nuestro análisis la referencia del artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁰ el cual regula los posibles pronunciamientos que contendrá una sentencia estimatoria de amparo. De este modo el apartado primero, letra a, del citado precepto¹¹ indica que la sentencia recogerá, y para el caso que aquí ahora interesa: la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.¹² Esta configuración legal y predeterminada del fallo de la sentencia estimatoria de amparo no debe en ningún caso a nuestro juicio, y fundamentalmente en un posible incorrecta aplicación del último inciso del precepto, llevar a que se pueda aplicar automáticamente por parte del Tribunal Constitucional el artículo 903 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, que configura el determinado efecto extensivo de la sentencia casacional en todo aquello que beneficie a los coacusados no recurrentes, e incluso ni siquiera, quizá, a recomendar al propio órgano jurisdiccional ordinario (en este caso la audiencia provincial de Granada, como así se hace en el voto particular) a que efectúe su aplicación por un evidente respeto y separación tajante de las funciones de protección constitucional de derechos fundamentales que el tribunal constitucional tiene conferida en exclusiva por la vía del amparo respecto de la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria cuya exclusividad conserva intacta la jurisdicción ordinaria, y como cúspide de la misma el tribunal supremo.

¹⁰ Artículo este que apenas se ve afectado por la modificación efectuada en la LOTC en mayo de 2007 en cuanto interesa al presente trabajo.

¹¹ Véase Almagro Nosete, J., *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, con la colaboración de P. Saavedra Gallo, 2a. ed., Valencia, 1989, pp. 381-386.

¹² Martín de la Vega, A., *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá, 2002.

Suscribiendo por tanto la opinión de Gómez Amigo,¹³ apoyada en la doctrina del propio Tribunal Constitucional, “la finalidad específica el recurso constitucional de amparo es el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad (artículo 55.1.c) LOTC y los demás pronunciamientos que en la decisión puedan hacerse carecen de sentido si no van referidos a esa finalidad esencial” (STC 56/1982, del 26 de julio). Por tanto en nuestro caso quedaría meridianamente claro que en ningún caso, ningún efecto se podría trasladar *per se* de la estimación del amparo planteado por el recurrente al coacusado no recurrente, quien tampoco, como hemos expuesto en el apartado anterior del trabajo, puede aducir su consideración de parte en el recurso de amparo puesto que el propio Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 5 de la sentencia de referencia (STC 199/2004) establece expresamente

que el alcance del amparo se ciñe exclusivamente al demandante de amparo... pues el otro condenado en la sentencia impugnada... no acudió en amparo ante este tribunal. A tal efecto carece de relevancia que la procuradora... presentara el escrito a que se hace referencia en los antecedentes... interesando también el otorgamiento del amparo a favor del coacusado no recurrente pues, al margen de que no se le haya tenido por personado, venimos reiterando (por todas STC 78/2003, del 28 de abril) la imposibilidad de que quienes se personan en un proceso constitucional de amparo a tenor del artículo 51.2 LOTC, una vez admitido a trámite el recurso, puedan convertirse en codemandantes o pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales. Lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea o sin cumplir los presupuestos procesales de admisibilidad, y la consiguiente formulación irregular de pretensiones propias, independientes del recurso de amparo ya admitido y al socaire de éste. En suma, quienes no interpusieron recurso de amparo dentro del plazo legal, o lo hicieron en términos inadmisibles, no pueden luego deducir pretensiones propias, independientes del recurso de amparo admitido, que es el que acota el objeto del proceso... exclusivamente, las pretensiones deducidas por quien lo interpuso en tiempo y forma.

No implica tampoco, *contrario sensu*, que al dar contenido a sus pronunciamientos el Tribunal Constitucional esté sometido a una tirantez o

¹³ Gómez Amigo, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Pamplona, 1998, pp. 232 y 233.

agarrotamiento excesivo en cuanto no se le permita una cierta flexibilidad, bien atendiendo o no la demanda de amparo, pero siempre, aquí si es rígida la disposición legal, dentro de pronunciamientos de tipo declarativo, en la línea expuesta de amparar o no la lesión del derecho o libertad fundamental alegada sin entrar en ningún caso, en materia penal por ejemplo, a un pronunciamiento condenatorio, absolutorio, o especialmente en lo que aquí interesa extensivo a otros coacusados, puesto que se adentraría en territorio vedado a su competencia y funciones.

Su ámbito llega hasta la posible declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución lesiva, impeditiva, limitativa o vulneradora, en definitiva, del pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, reenviando de ahí en adelante al ciudadano justiciable a una nueva actuación de la justicia ordinaria, una vez reintegrado su derecho lesionado, para una postrera solución del asunto.

El tribunal constitucional no debe avanzar más en este sentido cuando otorgue un amparo que implique la nulidad, ya sea total o parcial, de una resolución judicial. En nuestro caso en el fallo de la sentencia 192/2004, del 2 de noviembre, establece respecto del recurrente que han sido vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia y por consiguiente procede a “anular respecto de él la sentencia número 651/2002, dictada por la sección segunda de la audiencia provincial de Granada el 15 del noviembre de 2002”. Y hasta ahí, entendemos, llega la atribución del tribunal constitucional a tenor de la habilitación legal del artículo 55.1 de la LOTC. Es por ello que no compartimos la postura adoptada en el voto particular de la misma en el cual, en cierto modo, se orienta, recomienda e indica al órgano jurisdiccional ordinario a quien vuelve el asunto penal material para ser resuelto una vez reintegrado el demandante de amparo en sus derechos, que “la sala *a quo* de la audiencia provincial de Granada podría, en su caso, y si así lo estimara pertinente, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, aplicar a este supuesto, analógicamente, la solución prevista, a propósito del recurso de casación, en los artículos 861 bis b) y 903 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”. No parece que este deba ser contenido de un fallo del tribunal constitucional por cuanto sus pronunciamientos, como hemos indicado anteriormente, son meramente declarativos¹⁴ y

¹⁴ Véase Cordón Moreno, F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, 1987, pp. 150-154.

únicamente constreñidos al objeto del amparo constitucional cual es la valoración de la posible lesión, o no, de un derecho fundamental.

Vistas así las cosas en nuestra opinión nos parece apropiado traer a colación de la previa argumentación expuesta y a modo de recordatorio de las genuinas funciones y sentido del fallo constitucional, por su sentido y relación hacia la cuestión que analizamos, la postura que planteó el magistrado Díaz Eimil en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1986 al declarar que

de estimarse el recurso debió acordarse la nulidad total de las sentencias y retrotraer las actuaciones para que la jurisdicción penal dictase nueva sentencia en la que no se incluyera pena de privación de libertad. Al no haberse hecho así, se ha dictado una sentencia de amparo manipulativa de la decisión judicial, que sustituye al tribunal penal en su potestad exclusiva de juzgar, invadiendo la jurisdicción penal, pues a ésta corresponde, en uso de la facultad de graduación de la penal que le concede la ley aplicada, establecer la que, dentro de los límites legales, considere proporcionada al delito cometido, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas que en él concurren... para evitar este resultado lo procedente era remitir al órgano judicial la función de restablecer esa proporcionalidad decidiendo el grado que corresponde señalar a la pena pecuniaria... al no haberlo hecho así, este tribunal ha actuado como juez penal.

Compartimos con el magistrado Díaz Eimil que este debe ser el planteamiento correcto, y en esa línea nos reafirmamos en la escrupulosidad que respecto de posibles derivaciones materiales de la cuestión resuelta en amparo debería observar el tribunal, ya en sentencia o en voto particular, dejándolas totalmente al margen, ajenas al contenido de sus pronunciamientos y derivándolas inexcusablemente al órgano jurisdiccional ordinario. Insistimos en que no deben confundirse la flexibilidad del pronunciamiento constitucional respecto del otorgamiento, o no, del amparo y con ello la posible declaración de nulidad; de las decisiones o actos en los cuales se pudo producir, o no, la lesión del derecho fundamental, con la pulcritud y precisión coetánea en evitar inmiscuirse en pronunciamientos de fondo que en este caso corresponden al juez penal, y ni siquiera yendo un poco más allá, en cuanto a orientar o recomendar al mismo su postrera resolución del asunto.

En este mismo contexto argumental pudiera inducir a confusión la redacción del artículo 55.1 a) LOTC al establecer que el fallo estimatorio

del amparo debe expresar “la extensión de sus efectos”. En una postura que no compartimos para Gómez Colomer ello significaría que el Tribunal Constitucional debería indicar en el contenido de la sentencia de amparo cómo debiera proceder exactamente el órgano de la justicia ordinaria y qué actos procesales debe realizar o reemprender.¹⁵ Nos parece en este punto más acorde con la idea que mantenemos del contenido de la sentencia estimatoria de amparo la posición de Pibernat Domenech¹⁶ (secundada por Gómez Amigo)¹⁷ según la cual las sentencias de otorgamiento de amparo por violación originada por una resolución judicial pueden ser de dos tipos: uno, aquellas que se limitan a declarar la nulidad de las resoluciones judiciales, y dos, aquellas otras que además de declarar esa nulidad, ordenan la actuación del órgano judicial, básicamente, como entiende acertadamente el autor, proscribiendo una actuación que consistirá en la retroacción de las actuaciones judiciales al momento en que se produjo la vulneración del derecho fundamental para que proceda de nuevo respetando el derecho fundamental restaurado en amparo. Aquilatando aún más esta posición aportamos nuestro parecer en resaltar, una vez más, que no sería posible, no tendría cabida legal ni competencial en el marco de actuación del tribunal constitucional aportar o recomendar *motu proprio* la aplicación del derecho material o la resolución del asunto que es devuelto a la jurisdicción ordinaria para un nuevo conocimiento del asunto.

En el caso de autos que venimos considerando procede, como es normal general, que el tribunal constitucional se pronuncie sobre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia que alega el demandante de amparo, pero no lo es, y así lo hace en la sentencia, entrar a conocer, y entendemos nosotros además que ni siquiera sugerir la valoración y aplicación de cualesquiera otro parámetro de derecho material, del asunto ni de otras cuestiones que no sean estrictamente las dimanantes de la demanda de amparo y el consiguiente análisis de la vulneración de los derechos fundamentales proce-

¹⁵ Cfr. Gómez Colomer, J. L., “La ejecución de la sentencia estimatoria del amparo constitucional”, *Revista Jurídica la Ley*, 1988-2, p. 26.

¹⁶ Cfr. Pibernat Domenech, X., “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento del amparo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, pp. 157 y ss.

¹⁷ Gómez Amigo, L., *op. cit.*, nota 13, p. 249.

sales alegados. Por ello es totalmente correcto el fallo en cuanto restablece los derechos del recurrente, en el marco del amparo constitucional, y la consiguiente declaración de nulidad de la resolución judicial (sentencia de la audiencia provincial de Granada) que los menoscaba directamente, y lo es igualmente la retroacción de actuaciones ante dicho órgano de la justicia penal ordinaria para proceder nuevamente con total observancia y acatamiento de la decisión constitucional de protección de los derechos fundamentales reclamados y esperar en dicho trance una nueva sentencia respetando los derechos del recurrente en amparo, pero modestamente no nos parece adecuado ni oportuno incluir cualquier tipo de orientación, recomendación, imposición o consejo jurídico material dirigido a dicho órgano de la justicia penal ordinaria en cuanto a los nuevos pronunciamientos y actuaciones a emprender.¹⁸

Enlazamos, llegados a esta conclusión, con el pensamiento de Díez-Picazo Giménez para quien, categóricamente, el otorgamiento del amparo no puede producir ningún tipo de efecto, en nuestro caso, de carácter jurídico penal material, ya que según el autor, opinión a la que nos adherimos sin reparos, “no existe la tutela jurisdiccional penal de los derechos fundamentales”. De este modo, entendemos a título particular, se respeta la garantía jurisdiccional del derecho penal por cuanto ésta se circunscribe a que única y exclusivamente la jurisdicción ordinaria será la encargada de la aplicación e interpretación de las normas penales y con ello el consiguiente ejercicio delegado del *ius puniendi* estatal por parte de los órganos a quienes en virtud de la atribución de la Constitución Española en el artículo 117 corresponde ejercitar la potestad jurisdiccional. Inversamente nunca deberá, ni podrá, ser ejercitada por el tribunal constitucional cuyo ámbito competencial se ciñe a la defensa y tutela, en sede de amparo, de las posibles lesiones causadas a derechos fundamentales por órganos judiciales, ejecutivos o legislativos, pero nunca al enjuiciamiento de conductas delictivas, y con ello igualmente al posible efecto de la sentencia de condena o absolución derivada del juicio penal, puesto que

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1983, FJ 2: “es absolutamente claro que la facultad de interpretar y aplicar la ley penal corresponde a los tribunales de ese orden y que sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas, pues de otro modo, si se aceptase la identificación entre infracción de ley e infracción constitucional resultaría desnaturalizado para convertirse en un recurso universal de casación”.

las situaciones penales previas son intangibles,¹⁹ de forma directa, para el tribunal constitucional, quien únicamente de estimar el amparo ordenará la nulidad de la resolución penal y la posible retroacción de actuaciones,²⁰ pero en ningún caso decidirá, jamás, sobre el fondo de la cuestión.

De permitirse esta última opción, de dejar vía libre en su caso a que el propio tribunal constitucional pueda ser el interprete final de la ley penal y de su aplicación, revisando con ello el fondo de las decisiones de la jurisdicción ordinaria, estaríamos en cierto modo albergando y dando cobertura a una supercasación penal,²¹ sin discernir, como obliga la ley, a la importante separación que respecto de la aplicación de la legalidad ordinaria y de las cuestiones de relevancia constitucional ha distribuido meridianamente nuestro sistema legal español. De no ser así, partiendo de la imposición legal teórica y complementada con su prolongación en la práctica, parece evidente que estaría en grave riesgo la garantía de independencia de los magistrados y jueces integrantes del Poder Judicial y de su ejercicio de la potestad jurisdiccional tal y como les otorga el artículo 117.3 de la Constitución Española. Y no sólo esta garantía básica de la jurisdicción, sino que como apunta Jorge Barreiro:

aún siendo cierto que el tribunal constitucional ejerce la jurisdicción suprema en materia de derechos fundamentales, ello no quiere decir que se

¹⁹ Cfr. Díez-Picazo Giménez, I., “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 59, indicando que el Tribunal Constitucional no podrá revisar en amparo las ponderaciones hechas por los tribunales penales y que han conducido a la absolución del acusado, y, añadimos nosotros, en caso inverso a la condena.

²⁰ En este sentido es muy apropiada la distinción que efectúa Carillo, M., estableciendo que el efecto anulatorio o bien la posible retroacción de actuaciones en este tipo de asuntos viene marcado por el motivo que causa la estimación del amparo, esto es, si la vulneración del derecho fundamental atendido constitucionalmente ha tenido lugar *in procedendo*, la sentencia tiende a retrotraer sus efectos al momento procesal en que se lesionó el derecho, en cambio si el vicio afecta a un derecho de carácter sustantivo, es decir, si se trata de un vicio *in indicando*, el efecto de la sentencia de amparo es la reparación mediante fórmulas diversas como es la anulación o incluso la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre una pretensión indemnizatoria. Cfr. “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo”, en Pérez Tremps, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, p. 112.

²¹ Cfr., Jorge Barreiro, A., “El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”, *Revista Jurídica La Ley*, 1994-1, pp. 1122 y ss., especialmente en las pp. 1134-1141, a quien debe atribuirse la expresión.

halle legitimado para cercenar sustancialmente principios esenciales de la Constitución como es el de exclusividad, sino que todo da a entender que ha de compatibilizar su competencia suprema en la salvaguarda de las garantías constitucionales con el respeto a la exclusividad de la función jurisdiccional. Y consideramos que esa compatibilización no se da cuando se interpreta la norma constitucional de tal forma que se deja apenas margen para una interpretación específica de la ley penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, el justo término de la situación, al menos en el caso español, estaría perfectamente delimitado con la norma de cobertura que proporciona el artículo 54 de la LOTC (junto con el artículo 44.1 LOTC)²² para el caso de la actuación del Tribunal Constitucional en aquellos procesos de amparo en los cuales el acto impugnado ha sido una resolución judicial, estableciendo entonces que “limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”, por tanto, en aplicación de esta previsión, la sentencia estudiada es correcta en cuanto no entra en el fallo de realizar ninguna otra consideración más allá que la declaración de vulneración de un derecho fundamental y la consiguiente anulación de la resolución judicial que lo produce, no así, entendemos, el voto particular que en el sentido ya enunciado si realiza una serie de propuestas, no vinculantes eso es cierto, a las futuras actuaciones de los órganos jurisdiccionales penales sobre el asunto.

El problema, que en definitiva no es nuevo ni exclusivo de la materia penal, radica en que hay ciertas zonas de proximidad, tangenciales,²³ con

²² La nueva redacción del artículo 44 de la LOTC tras la reforma de operada por la reciente Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, establece al respecto que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: *a)* que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, *b)* que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional, *c)* que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”.

²³ En este sentido, Tomás y Valiente ya preveía que los límites de la jurisdicción constitucional no están ni pueden estar geométricamente dibujados puesto que el Tribu-

interferencias²⁴ en las cuales los límites entre los cuales se puede mover la actividad del Tribunal Constitucional al resolver cuestiones en amparo derivadas de situaciones en las cuales se ventilan cuestiones de derecho material y el ámbito de independencia y exclusividad de la jurisdicción ordinaria para resolver sobre el fondo de los mismos y la aplicación e interpretación de la ley material y procesal son muy difusos, contiguos, a veces incluso ambiguos, y en esa zona de penumbra ha de ser especialmente delicado el Tribunal Constitucional para no invadir ámbitos específicos de la jurisdicción ordinaria. Más aún se puede agravar el panorama cuando el Tribunal Constitucional se ve, en cierto modo, constreñido por el principio de máxima conservación de las actuaciones procesales llevadas a efecto en el asunto sometido a su consideración y a no causar más perturbaciones de las estrictamente necesarias a los derechos e intereses de aquellos terceros no recurrentes en cuanto sea compatible con la tutela y amparo del derecho fundamental presuntamente lesionado.

Sin duda queda como asignatura pendiente para el legislador el perfeccionar,²⁵ si cabe, aún más la distribución y asignación de competencias a favor del Tribunal Constitucional y eliminar estas zonas de sombra, especialmente respecto de las que asume la jurisdicción ordinaria. Aún así el panorama no es muy alentador y se presenta delicado no sólo por la difi-

nal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución no puede limitarse sólo a dicha función sino que con frecuencia se encuentra con que los planos constitucionales y legales de un asunto no son paralelos sino tangenciales lo cual le supone moverse en un doble y difícil equilibrio: no lesionar la libertad del legislador, sometido a la Constitución, por sólo a ella, ni lesionar la potestad jurisdiccional de los jueces y tribunales integrados en el poder judicial, llegando en definitiva a la conclusión de que pretender que el propio legislador las defina con claridad y de forma exhaustiva es “una esperanza tan ingenua como posible”, concluyendo que en último término quien las definirá será el propio Tribunal Constitucional. *Cfr.* “Juzgar, arbitrar, legislar”, artículo publicado en el diario *El País*, del 11 de febrero de 1994, pp. 13 y 14.

²⁴ Véase Alegre Martínez, M. A., “El alcance del fallo en el recurso de amparo (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994)”, *Revista General del Derecho*, núms. 598 y 599, 1994, pp. 7871-7902.

²⁵ Como recuerda Figueruelo Burrieza, A., *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, 2001, p. 81, una de las primeras propuestas de reforma del amparo fue realizada por el presidente del Tribunal Supremo en el marco del agrio debate producido a principios de 1994 en la cual se proponía que se retirara la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo constitucional como consecuencia de la violación de las garantías procesales fundamentales contenidas en el artículo 24 de la Constitución Española puesto que mantenía que debía ser la propia jurisdicción ordinaria la que satisficiera la protección de tales garantías.

cultad intrínseca que para el legislador tiene abordar estas cuestiones sino porque, especialmente si tomamos en consideración las profundas reflexiones de Aragón Reyes,²⁶ el estado de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria (sobremanera con el Tribunal Supremo) no se sustenta sobre un clima apacible, sino más bien al contrario, generalmente tenso, en algunos momentos crítico —a nuestro personal parecer—, en el cual conviven con fricciones constantes entre uno y otro. Señala el autor que la crítica suscitada desde el ámbito judicial de que el Tribunal Constitucional invade competencias del Tribunal Supremo parte de un equivocado planteamiento. Sostiene que en materia de derechos fundamentales no hay una relación de competencia entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial sino de jerarquía y que una artificiosa distinción entre cuestiones de inconstitucionalidad y de legalidad como sustento de dicha distribución competencial conduce al fracaso porque en la mayoría de los casos dicha distinción resulta materialmente imposible. Deberá en este sentido por tanto tomar buena nota el legislador llegado el momento de acometer los ajustes legales pertinentes al respecto y, si se me permite la expresión, “poner a cada uno en su sitio”.

III. EL EFECTO EXTENSIVO DE LA SENTENCIA A LOS NO RECURRENTES EN LA CASACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Una de las cuestiones asentadas en la doctrina procesal, y también en el marco específico procesal constitucional del amparo (como bien recuerda la sentencia estudiada en su fundamento jurídico 5) es la relativa a los efectos de la sentencia que resuelve la impugnación planteada y su posible, o no, extensión a otros sujetos no recurrentes. La idea general que subyace en la cuestión es que la impugnación de resoluciones judiciales —y por ende el acceso, en su caso, al amparo constitucional— es una decisión totalmente personal por parte de quien se siente perjudicado por la decisión jurisdiccional y pretende una reversión o mejora de la misma acudiendo a un medio impugnatorio.

Este componente individual implica por tanto una tutela absolutamente singular de los derechos del recurrente que no conforme con la decisión judicial, y para impedir la producción del efecto de cosa juzgada de

²⁶ Cfr. “Problemas del recurso de amparo”, en Pérez Tremps, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, pp. 172 y ss.

la misma y su correspondiente firmeza, opta, en un libre y legítimo ejercicio de sus expectativas jurídicas subjetivas, por utilizar alguno de los medios de impugnación, ordinarios o extraordinarios, e incluso el acceso al amparo constitucional en su caso. De ahí, *contrario sensu*, también hemos de inferir que en aquellos casos en los cuales, en materia penal, exista una pluralidad de coacusados (condenados) y algunos opten por no utilizar los medios de impugnación, y con ello consentir la firmeza de la resolución judicial, implicaría, teóricamente, que un posterior cambio en el sentido de la resolución judicial común no debiera afectarles puesto que han optado por asumir la previa decisión judicial no impugnándola en tiempo y forma. En este sentido y a colación de la cuestión que planteamos en el presente trabajo (la posibilidad de que se genere el efecto extensivo de la sentencia de amparo, en materia penal, a un coacusado no recurrente) no debemos olvidar que el artículo 861 bis b) de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) española dispone, haciendo referencia al recurso de casación, que “cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, en cuanto a los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 903”.

En el caso particular estudiado el coacusado, y condenado, no recurre la sentencia y por tanto la misma devino firme para él —siguiendo lo que dispone el artículo 861 bis b) LECrim—, pudiendo llevarse a efecto la misma y produciendo simultáneamente el efecto de cosa juzgada, que solo es revocable si se acude a alguno de los medios extraordinarios de rescisión del citado efecto, como son en el caso español el proceso de revisión (artículos 954 y ss., LECrim) o el recurso de anulación (artículo 793.2 LECrim) en ninguno de cuyos supuestos se encontraría, *a priori*, la situación del coacusado no recurrente, por ello el hecho de que otro coacusado que sí estimó la posibilidad de acceder al amparo, al serle éste reconocido y favorable a su posición jurídica en ningún caso debería afectar a quien pudiendo no quiso evitar la firmeza de la resolución judicial que le condenó y pretende beneficiar su inactividad y conformidad con la situación jurídica establecida por sentencia firme con la diligencia, interés y opción procesal de otro coacusado.

Siendo este el escenario general en el proceso penal español, y particularmente en el ámbito de la casación (medio de impugnación de carácter extraordinario en nuestro sistema judicial), es innegable la vigencia

legal del denominado, en el artículo 903 de la LECrim, “efecto extensivo”, y que con ello rompe este paradigma para otorgar un beneficio al coacusado (condenado) que no ha recurrido en dicha instancia —y por tanto que se encuentra vinculado al contenido de una previa sentencia firme para él—, pero que ante determinados requisitos si se beneficiará en su situación de los resultados positivos de un recurso de casación interpuesto por otro coacusado, y que en definitiva es la situación que se sugiere y plantea en el voto particular de la sentencia 192/2004, del 2 de noviembre, con la particularidad, aún mayor, de que se recomienda su aplicación analógica²⁷ para un ámbito respecto del cual no está previsto legalmente como es la apelación penal (no en vano el asunto, una vez estimado el amparo y anulada la sentencia de la audiencia provincial, debe volver a este órgano que, apuntamos, no es el competente en nuestro sistema para conocer y pronunciarse en casación).

El artículo 903 de la LECrim, ubicado dentro de la regulación específica del recurso de casación, dispone textualmente:²⁸ “cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás

²⁷ En este sentido, Montón Redondo estima que no debieran encontrarse obstáculos para admitir su empleo también en la apelación contra sentencias siempre y cuando concurren las mismas circunstancias que para su aplicación se requieren en la casación (artículo 903 LECrim.). Argumenta su posición en dos razones fundamentales: una, de simple técnica legislativa y otra por coherencia con los principios generales de protección al acusado y de igualdad. Así recuerda el autor que “la apelación contra sentencias, en causa por delito, es relativamente reciente en nuestro ordenamiento procesal, mientras que la casación fue, durante mucho tiempo, el único recurso posible en tales causas. Eso nos hace pensar que la intención del legislador se manifestaba en los orígenes de la LECrim., respecto a ese único recurso; que no se haya hecho lo mismo después respecto de la apelación, muy posterior en el tiempo (desde 1967) no supone necesariamente que sea una forma de excluirlo tácitamente, sino que muy bien puede entenderse como una simple omisión producto, como otras muchas, de la defectuosa técnica del legislador contemporáneo. Además, de no ser así, resultaría difícil comprender por qué el mencionado efecto jugaría o no, incluso dentro de una misma vía procedimental, dependiendo del órgano al que correspondiera su conocimiento... dado que no es el tipo de delito, sino las circunstancias que rodean la situación personal de los acusados o los motivos del recurso, los que permiten el efecto extensivo, parece lógico que, en igualdad de circunstancias, el tratamiento sea igual para todos”. Cfr. con Montero Aroca *et al.*, *Derecho jurisdiccional III (proceso penal)*, 2005, p. 362.

²⁸ Véase Fenech, M., *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1952, t. II, pp. 66, 67 y 520 y Carnelutti, F., “Effetto estensivo della casazione penale con rinvio”, *Revista di Diritto Processuale Italiano*, 1946, vol. II, pp. 215 y ss.

en lo que les fuere favorable,²⁹ siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso”.³⁰ Incluso en un análisis más profundo dicho precepto viene a generar una situación difícilmente entendible por la propia naturaleza del proceso penal y del contenido y efectos de las sentencias dictadas en su seno pero que ante la situación planteada puede generar (¿o degenerar?) en que un condenado, con sentencia firme, rindiendo su pena se encuentre, de la noche a la mañana, gracias a la actividad de otro coacusado y en función de la estimación del recurso de casación interpuesto por este último, con una situación más favorable y que reconduciría la ejecución que estaba cumpliendo hasta ese momento hacia los nuevos términos de la nueva sentencia que le aprovecha, justificando con ello la posición, que compartimos, de Gisbert Gisbert³¹ de que cabe ante esta particular situación hablar entonces de una “ejecución provisional de la sentencia penal”, la cual queda, como apunta el autor mencionado, en función de la decisión judicial puesto que el propio artículo 861 bis b) LECrim no impone la ejecución provisional cuando se dan los presupuestos fácticos a que se alude en el mismo sino que concede al tribunal

²⁹ Ejemplos de la aplicación de este efecto extensivo podemos encontrarlos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en resoluciones como las sentencias de 14 de abril de 1989 (FJ 4 estableciendo que “al prosperar el recurso por ese motivo, esta sala conforme al artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal asume la plena jurisdicción para dictar la segunda sentencia conforme a derecho en los términos que dicho precepto establece y ello le obliga a tener en cuenta también el artículo 903 ya que al procesado no recurrente sujeto de la secuencia comisiva descrita en el relato fáctico, le son de aplicación los mismos razonamientos por lo que debe aprovecharle en cuanto le favorezca, debiendo así hacérselo extensivo en dicha segunda sentencia”; 21 de febrero de 1989; 28 de marzo de 1990; 9 de noviembre de 1998; 27 de abril de 1999 (en que se produce la absolución del recurrente en casación lo cual “en virtud de lo prevenido en el artículo 903 LECrim, la absolución por el delito de contrabando acordada respecto a todos los recurrentes, es extensible, también al tercer condenado no recurrente Juan Carlos NM”).

³⁰ En este sentido, la sentencia 249/2005, del 10 de octubre, delimita claramente como el efecto extensivo de los recursos sólo puede ser aplicado en sentido beneficioso al condenado y nunca en sentido perjudicial, puesto que en el asunto resuelto en la citada sentencia otorga el amparo al coacusado que había sido absuelto en sentencias anteriores y que es condenado a raíz del recurso de apelación interpuesto por otro coacusado estimando en este sentido el Tribunal Constitucional que se vulnera la prohibición legal *de reformatio in peius* y con ello su derecho a la tutela judicial efectiva.

³¹ Cfr. Gisbert Gisbert, A., “La ejecución provisional de la sentencia penal”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 6525, 2006, pp. 1 y ss.

de instancia la posibilidad de acordar que se lleve a efecto la sentencia desde luego cuando lo estime conveniente. No cabe dar otra interpretación, según su postura que asumimos, dada la utilización de la expresión “podrá”.

IV. REPERCUSIÓN DEL POSIBLE EFECTO EXTENSIVO EN LA SENTENCIA DE AMPARO EN MATERIA PENAL A LOS NO RECURRENTES

Llegados a este punto de nuestro estudio, queda patente que el efecto extensivo proclamado en el artículo 903 LECrim, implica la posibilidad —no obligatoria, es cierto— de ampliar las repercusiones, en lo que benefician y nunca en lo que puedan ser perjudiciales, de la resolución de un medio de impugnación —y no sólo en casación tal y como ha planteado la doctrina y ha corroborado la propia jurisprudencia del tribunal constitucional (sentencia 249/2005)— a los coacusados no recurrentes que se encuentren en la misma situación que aquel, o aquellos, que han mantenido el recurso y han obtenido resolución en su favor. Ahora bien, ¿es trasladable dicho efecto extensivo, de carácter netamente procesal penal pero ajeno a cualquier tipo de derecho o libertad protegido constitucionalmente, al ámbito de las sentencias estimatorias de amparo respecto de aquellos coacusados no recurrentes en materia penal? Este es el asunto que nos concierne y que seguidamente trataremos de solventar.

Descifrar la posible aplicación del efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado no recurrente en materia penal creemos que pasa inexcusablemente por una cuestión planteada tiempo atrás con carácter general por Bocanegra Sierra³² como es la relativa a “la validez metodológica de la adaptación de los conceptos procesales generales al derecho procesal constitucional”, esto es la posible adaptación y traslación de los conceptos puramente procesales al marco del proceso constitucional. En el caso analizado, como en otros muchos que se plantean, de la aplicación particular al argumento aquí expuesto de esa hipotética adaptación podemos extraer la solución lógica, legal y racional.

La conclusión que nos ofrece el autor mencionado es, en principio, la resistencia y objeción a esa posible transposición de conceptos del derecho procesal al específico campo del proceso constitucional justificada por sec-

³² Bocanegra Sierra, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, pp. 161-171.

tores de la doctrina en que “el derecho procesal constitucional se resiste por lo menos a aceptar lisa y llanamente los principios y desarrollos concretos procedentes del derecho procesal general, e incluso se ha podido afirmar que el propio derecho procesal constitucional es una suerte de derecho constitucional material que debe, por tanto, ser extraído e interpretado con los métodos propios de éste”. Se completa lo anterior con

el hecho de que la LOTC no contenga una regulación acabada de las normas procesales que el tribunal constitucional deba utilizar —el artículo 80 de la LOTC remite a la supletoriedad de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien esta remisión no es total sino parcial para algunas materias muy concretas lo cual inevitablemente determina la existencia de ciertas lagunas procedimentales—, junto con el dato de la propia y singular posición del tribunal constitucional que le sitúa en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios, lleva consigo importantes consecuencias procesales...

Y relata el propio Bocanegra Sierra³³ cómo para un sector doctrinal “el derecho procesal constitucional es una parte del derecho material constitucional, debiendo, por tanto, ser tratado con las técnicas propias de éste, lo que, desde luego, supone distanciarse esencialmente de las ideas que presiden la construcción del derecho procesal general”.

Modestamente entendemos, y defendemos, la pertenencia del derecho procesal constitucional al ámbito del derecho procesal general, si bien es cierto con singularidades y características propias, pero las mismas que pueden proclamarse del proceso civil, del penal, del administrativo, del laboral, o incluso llegado del caso del militar o del de menores. Negamos pues una interpretación constitucional material de la vertiente procesal de la actividad del tribunal constitucional y su procedimiento, especialmente en materia de amparo, puesto que las particularidades, muy relevantes es cierto, en este ámbito provienen básicamente de la configuración legal que se ha efectuado —ajena al tribunal constitucional—, es por tanto una opción de política legislativo-constitucional.

Únicamente queda, para delimitar aún más el tema planteado, la cuestión relativa a la labor interpretativa del tribunal constitucional y especialmente en cuanto a colmar las lagunas en materia procesal constitucional que va encontrando en su quehacer jurídico. Es evidente que en primer

³³ *Ibidem*, p. 165.

término esa es una labor que corresponde al legislador, fundamentalmente por vía de reforma de la LOTC, siendo éste quien debe regular el contenido del proceso constitucional, pero que en segundo término asume el tribunal constitucional pero siempre bajo dos importantes coordenadas: una, el absoluto respeto a la competencia de los tribunales ordinarios y con ello a la interpretación y aplicación por estos de la legalidad ordinaria, y dos, propiciando con su actuación el desarrollo de los principios básicos del proceso constitucional de amparo desde el plano general del derecho procesal pero con las connotaciones y singularidades muy acentuadas que la especialidad procesal constitucional demanda.

De este modo la asunción directa, en el caso de la sentencia comentada, del efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado no recurrente (concepto típicamente procesal penal) no sería viable por parte del tribunal constitucional español a tenor del marco legal vigente (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). En ese sentido el tribunal opera correctamente puesto que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria (estipulada en la Ley Procesal Penal) sobre la cual no puede ni debe pronunciarse y mucho menos aplicar, y sobre la cual es opinable, esto queda para la formada conciencia de cada uno de los lectores del presente trabajo, si en el voto particular es deseable u oportuno que se haga esa observación³⁴ —en cuanto a recomendarse que pueda apreciarse el efecto extensivo al coacusado no recurrente en la nueva sentencia a dictar por la justicia ordinaria una vez al prosperar el amparo se anula la decisión de apelación—.

Además la cuestión se torna más compleja desde el plano de la viabilidad técnico procesal de la cuestión puesto que para el coacusado no recurrente en amparo, a quien teóricamente debe beneficiar dicho efecto extensivo de ser aplicado, dicha decisión ha adquirido firmeza por consentirla éste no recurriéndola en amparo y con una más que difícil posibilidad de acceder al proceso de revisión que la desligaría del efecto de cosa juzgada que la misma ya produce hace tiempo, junto a que la anula-

³⁴ El texto del recientemente reformado mediante Ley Orgánica 6/2007, artículo 54 de la LOTC indica que: “Cuando la Sala o, en su caso, la sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

ción de dicha resolución —insistimos, que para dicho coacusado es firme— en sede de amparo es proclamada expresamente por el tribunal constitucional en el fallo de la sentencia 192/2004 únicamente respecto del coacusado recurrente en amparo (textualmente: “anular respecto de él la sentencia núm. 651/2002 dictada por la sección segunda de la audiencia provincial de Granada...”) nos conduce, en definitiva, a afirmar sin ambages que no creemos posible, además de por las razones ya esgrimidas en los párrafos anteriores, la aplicación de dicho efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado (condenado) que no recurrió en amparo, lo contrario vulneraría los elementales principios de legalidad y seguridad jurídica que sostienen el andamiaje de cualquier sistema legal moderno.³⁵ El amparo se debe ceñir estrictamente a la protección de los derechos de quien lo promueve sin incluir a aquellos que pudiendo hacerlo desecharon o descartaron tal opción legítima.

Meridianamente claro se había delimitado el objeto de nuestras reflexiones (la posible extensión de los efectos de una sentencia estimatoria de amparo en materia penal a un coacusado no recurrente) en jurisprudencia previa del propio tribunal constitucional, concretamente en la sentencia 11/1992, en cuyo fundamento jurídico 2, ya había proclamado el órgano supremo de aplicación e interpretación constitucional en España que:

En el aspecto formal, alega el demandante que el amparo debe extenderse a los otros dos conductores condenados que se encuentran en la misma situación de falta de acusación y consiguiente indefensión que la del propio demandante, invocando a tal propósito que el artículo 903 de la Ley de

³⁵ En este sentido, en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1992, del 27 de enero, y en un asunto con identidad de razón al analizado en el presente ensayo, el Ministerio Fiscal en su posición se pronunciaba expresamente contrario a la concesión de dicho efecto extensivo alegando: “En cuanto a la petición de que el amparo se extienda a los otros dos conductores condenados que se encuentran en la misma situación que el recurrente, el Ministerio Fiscal se opone a ello por entender que lo dispuesto en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con las sentencias de casación, no es aplicable al recurso de amparo, cuyos efectos deben limitarse a proteger los derechos de quien promueve sin incluir a aquellos que pudiendo haberlo hecho no lo hicieron, como son esos otros dos condenados, cuya situación, por otro lado, a juicio del Ministerio Fiscal, no guarda identidad esencial con la del demandante. Considera, por ello, el Ministerio Fiscal que el amparo debe quedar limitado a quien lo reclama, entendiéndose que debe otorgarse, anulando la sentencia de apelación en lo que se refiere a la condena del demandante”.

Enjuiciamiento Criminal dispone que la sentencia estimatoria de la casación “aprovechará a los demás en lo que les fuera favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declara la casación de la sentencia”. Esta alegación no es aceptable, debiendo, por el contrario, reducir el ámbito subjetivo del amparo al condenado que lo ha promovido, aceptando en este punto la tesis del ministerio fiscal, puesto que el recurso de amparo, de acuerdo con la naturaleza de derechos de la personalidad que tienen los fundamentales garantizados por la Constitución, no es una nueva instancia jurisdiccional (STC 62/1982), ni se configura como un recurso de casación (STC 21/1982), sino que es un instrumento procesal dotado de sustantividad propia, para cuya utilización solo vienen legitimadas las personas directamente afectadas, entendiendo como tales (STC 123/1989) aquellas que sean titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado (STC 141/1985), que son las únicas autorizadas para impetrar la protección del propio derecho y no de derechos ajenos de los que no tengan la representación, ni hayan sido ejercidos por sus titulares; situación en la que se han colocado voluntariamente los otros dos condenados a los que el aquí demandante pretende tan indebidamente extender los efectos de la Sentencia resolutoria de este amparo, caso de ser estimatoria, ya que ni siquiera han respondido positivamente al emplazamiento que se les hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.2 de la LOTC, aunque fuese para formular las alegaciones que estimaren pertinentes a favor del otorgamiento del amparo, supuesto en el que tampoco podrían beneficiarse de los efectos de nuestra Sentencia en atención a que esa cualidad de personalísimo que tienen los derechos fundamentales impide que la falta de interposición de recurso de amparo propio sea subsanable por la vía de coadyuvar con el demandante.

En conclusión, no alude el contenido del fallo, como podemos comprobar, en ningún caso al coacusado no recurrente. Es cierto que con ello nos avocamos a una futura situación de posible desigualdad formal, y quizá material en función del hipotético resultado de la sentencia de apelación anulada y que deberá volver a dictarse, entre uno y otro coacusado, pero esto es debido y propiciado únicamente por la actividad constitucional procesal de uno —demandando el amparo— y la inactividad del otro que debemos valorar si es causa suficiente, y aceptable, para dicha desigualdad jurídica, lo que si debemos afirmar tajantemente es que en ningún caso, con las normas vigentes en la mano, es una irregularidad legal.

V. POSICIÓN FINAL

La normativa legal vigente en España en materia de amparo constitucional y en su particular aspecto de la posible extensión de los efectos positivos de la sentencia estimatoria de amparo al coacusado no recurrente no alberga tal posibilidad. Dichas sentencias son estrictamente declarativas respecto de la lesión o vulneración del derecho fundamental invocado, y por ello conllevar la declaración de nulidad de una resolución judicial avocando a una nueva resolución, además son rígidamente individuales por cuanto el fallo se proclama, y alcanza, únicamente el recurrente en amparo.

El fallo en amparo, en el asunto analizado y en general, es una cuestión absolutamente individual³⁶ que únicamente concierne, y afecta, al recurrente, con ello el efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo, a día de hoy, con la legalidad vigente, es inviable.

Lo contrario nos conduciría a desvirtuar el amparo constitucional, y en este caso a transformarlo en una especie de supercasación penal, cuestión a evitar en todo caso. En definitiva el camino correcto a seguir lo indicó con acierto la sentencia del tribunal constitucional 89/1983, en cuyo FJ 2 dispuso que

es absolutamente claro que la facultad de interpretar y aplicar la ley penal corresponde a los tribunales de ese orden y que sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas, pues de otro modo, si se aceptase la identificación entre infracción de ley e infracción constitucional resultaría desnaturalizado para convertirse en un recurso universal de casación.

Ha de distinguirse plenamente, y sin interferencias, entre el plano de la legalidad ordinaria, y en el caso analizado la efectiva virtualidad del

³⁶ Como prototipo tómese el fallo de la sentencia analizada en la cual indica en Tribunal Constitucional que estima la demanda de amparo y en consecuencia —el énfasis es nuestro—:

1. Declarar que han sido *vulnerados los derechos del demandante* a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

2. *Reestablecer al recurrente* en la integridad de sus derechos y, a tal fin, *anular respecto de él* la sentencia núm. 651/2002 dictada por la sección segunda de la audiencia provincial de Granada del 15 de noviembre de 2002.

efecto extensivo de la sentencia penal en sede de recurso al coacusado no recurrente, en lo que le beneficia y nunca en lo que le pueda perjudicar, que se otorga en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 903) y sólo por tanto puede aplicarse por los órganos jurisdiccionales ordinarios, y el plano de la legalidad constitucional que no contempla dicha posibilidad para la sentencia estimatoria de amparo, y por tanto no permite que el coacusado no recurrente en amparo pueda beneficiarse del otorgamiento del mismo en un proceso constitucional en el cual no ha sido parte y además chocando frontalmente con la paralela firmeza de la sentencia de la jurisdicción penal ordinaria que es inatacable para él por el efecto de cosa juzgada producido al no impugnarse la misma ni someterse y cuestionarse lesión de derechos fundamentales en el procedimiento para su consecución al amparo constitucional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., “El alcance del fallo en el recurso de amparo (comentario a la sentencia del tribunal constitucional 7/1994)”, *Revista General del Derecho*, núms. 598 y 599, 1994.
- ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, con la colaboración de P. SAAVEDRA GALLO, 2a. ed., Valencia, 1989.
- ARAGÓN REYES, M., “Problemas del recurso de amparo”, en PÉREZ TREMP, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004.
- BARREIRO, A. Jorge, “El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”, *Revista Jurídica La Ley*, 1994.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.
- CARNELUTTI, F., “Effetto estensivo della casazione penale con rinvio”, *Revista di Diritto Processuale Italiano*, vol. II, 1946.
- CARRILLO LÓPEZ, M., “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo”, en PÉREZ TREMP, P. (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004.
- CORDÓN MORENO, F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Madrid, 2001.
- Fix-ZAMUDIO, H. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, 2006.
- GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, 1988.
- GISBERT GISBERT, A., “La ejecución provisional de la sentencia penal”, *Revista Jurídica La Ley*, núm. 6525, 2006.
- GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Pamplona, 1998.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “La ejecución de la sentencia estimatoria del amparo constitucional”, *Revista Jurídica La Ley*, 1988.
- MARTÍN DE LA VEGA, A., *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Bogotá, 2002.
- OLIVA SANTOS, A. de la, “La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria”, *Revista Colex*, núm. 12, 1995.
- PIBERNAT DOMENCH, X., “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento del amparo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990.
- REMÓN PEÑALVER, J., “La lucha por la seguridad jurídica”, *Diario la Ley*, núm. 6642, 2007.
- VIVES ANTÓN, T., “Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional”, *Poder Judicial*, núm. 2, 1986.

PRINCIPIOS EN MATERIA DE NULIDADES PARCIALES DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Jorge W. PEYRANO*

La cuestión que nos proponemos aquí examinar, de ordinario es estudiada exclusivamente en relación de pronunciamientos de mérito o finales.¹ Sin embargo, las líneas que siguen pretenden abarcar a cualesquier decisión judicial que sea portadora de una cierta estructura compleja que haga posible, en su caso, anularla fragmentariamente, sin que ello necesariamente derive en la pérdida de estabilidad del resto de la resolución. Precisamente, el sector de las sentencias constitucionales emitidas por tribunales cimeros, suele ser campo propicio para la procedencia de anulaciones parciales de resoluciones de tribunales de grado. Igualmente, lo que se diga de aquí en más resulta trasladable al ámbito de los laudos de los tribunales arbitrales² y al área de las transacciones o conciliaciones celebradas en el seno de un proceso. Como fuere, lo cierto es que en el tema elegido y en muchos otros aledaños se registra una palmaria escasez de normas legales regulatorias.³

Liminarmente, debe recordarse que la doctrina tradicional, desde siempre, ha considerado improcedente anular fragmentariamente una decisión judicial, es decir quitarle validez sólo en parte. Tal dogma descansa en el convencimiento de que la sentencia es un producto inescindible proveniente del razonamiento del juez, cuya delicada ingeniería hecha de varias partes estrechamente relacionadas entre sí y que se apoyan unas a

* Doctor en derecho y ciencias sociales; juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Rosario.

¹ Peyrano, Jorge W., “Sobre la anulación parcial de sentencias”, *Jurisprudencia Santaefesina*, núm. 59, pp. 193 y ss.

² Falcón, Enrique, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. 3, p. 519.

³ Frondizi, Román, *La sentencia civil*, La Plata, Platense, 1994, p. 10.

otras no admite nulidades parciales; o se considera totalmente válida o es anulada por completo. Ciertamente es que en la mayoría de los casos el referido dogma debe ser respetado, pero no necesaria y fatalmente en todos.⁴ Y he aquí, el primer principio en la materia: la regla es la no admisión de anulaciones parciales de pronunciamientos judiciales, pero ello no quita que en ciertas y determinadas hipótesis puedan y deban aceptarse excepciones.

El segundo principio, está dado por la conveniencia de que la anulación fragmentaria sea lo más reducida y acotada que resulte viable, dejando en pie toda aquella porción de pronunciamiento judicial que no sea menester privarla de efectos. Compelido el tribunal a consumir una nulidad parcial del tipo que venimos analizando, debe procurar morigerar las consecuencias de la regla legal denominada “comunicabilidad de las nulidades procesales” a la que, por lo común, aluden los ordenamientos procesales civiles.⁵ Rivas, certeramente, apunta a que la calidad del vicio imputado puede influir sobre el mayor o menor alcance de la nulidad de un pronunciamiento judicial:

Cabe preguntarse si la articulación de nulidad tiene inexorablemente una extensión tal que abarque y provoque la caída de la resolución *in totum* o si, por el contrario, es posible limitar el intento a aspectos parciales de la sentencia, de modo de ceñir la extensión de los efectos anulatorios si pudieran producirse. La respuesta debe darse según el tipo y trascendencia del vicio que se impute. Así, la falta de firma del pronunciamiento lo torna inválido (en realidad inexistente) en su totalidad y por principio lo mismo puede ocurrir, por ejemplo, con las costas, si la sentencia carece de fundamentación que avale el sentido de la condena o absolución podría en cambio darse eximición total o parcial para el vencido, sin expresión del mérito que así lo justifique (artículo 68, 2a. parte, CPCN, id CPC Buenos Aires) sin que ello afectase la decisión en lo principal. Igualmente, podría cuestionarse la validez de un aspecto del fallo en cuanto no se lo hubiese fundado, manteniendo valor lo restante si no hubiera dado adecuado basa-

⁴ Peyrano, *op. cit.*, nota 1, p. 193.

⁵ Artículo 174 del CPN: “Efectos. La nulidad de un acto no importará la de los anteriores ni la de los sucesivos que sean independientes de dicho acto. La nulidad de una parte del acto no afectará a las demás partes que sean independientes de aquélla”. Artículo 129 del CPC Santaferino: “La nulidad de un acto declarada judicialmente produce la invalidez de los actos posteriores que de él dependan. El juez determinará a cuáles actos alcanza esa dependencia”.

mento, salvo que por su conexión entre una y otra cuestión la nulidad de un aspecto arrastrase al otro.⁶

El tercero reside en que frente a la duda sobre la procedencia de la anulación parcial de una decisión judicial, el principio de conservación de la validez de los actos y actuaciones procesales determina que no deberá decretarse, por ejemplo, la anulación parcial de una sentencia.⁷ Sobre dicho principio, Berizonce enseña lo siguiente:

El principio de conservación tiene aplicación en todo el derecho, especialmente en el patrimonial y de la empresa. En su formulación más lata indica la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos e incluso de las propias instituciones, frente a la posibilidad de su anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso. Trasplantado al proceso, este principio tiende a consagrar los valores de seguridad y firmeza, de operancia mayor aquí que en otros campos del derecho. Couture lo expresa magníficamente; frente a la posibilidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el proceso. El proceso debe arribar no sólo a un resultado justo, sino también a un resultado no negativo, o sea estéril; no se concibe un dispendio de jurisdicción no fructífero, inútil desde el punto de vista patrimonial. Axiológicamente el valor seguridad prevalece sobre el de la validez.⁸

El cuarto principio, tiende a dilucidar ante cuál circunstancia puede operar la anulación parcial del fruto de una labor judicial. Ella no es otra que la consistente en que el vicio señalado afecte únicamente a una porción de lo resuelto y que la parte remanente pueda sustentarse por sí misma.⁹

Ahora bien: ¿cuáles son las fuentes más habituales de la procedencia de anulaciones parciales de pronunciamientos judiciales? Sin duda que la incongruencia —especialmente en su versión extrapetita—¹⁰ y la falta de motivación de tramos de la resolución de que se trate, son los terrenos más propicios para el funcionamiento del instituto en examen.¹¹

⁶ Rivas, Adolfo, *Tratado de los recursos ordinarios*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. 2, p. 328.

⁷ Peyrano, *op. cit.*, nota 1, p. 194.

⁸ Berizonce, Roberto, *La nulidad en el proceso*, La Plata, Platense, 1967, p. 86.

⁹ Peyrano, *op. cit.*, nota 1, p. 193.

¹⁰ Peyrano, Jorge W., *El proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 66.

¹¹ Peyrano, Jorge W., “Sobre la anulación parcial de sentencias”, *cit.*, nota 1, p. 194.

Respecto de la primera de las fuentes citadas, Fassi y Yáñez aportan el siguiente ejemplo:

La sentencia puede ser anulada parcialmente cuando el vicio sólo afecta a una parte de ella. Por ejemplo, si la sentencia ha hecho lugar al desalojo por falta de pago y por abandono de la locación, cuando solamente se había invocado esta última causal, corresponde anularla en cuanto hizo lugar a la primera, sin perjuicio de que la acción prospere en razón de la segunda. Si la sentencia había sido ampliada para condenar al actor al pago de daños y perjuicios, no mediando reconvencción, debe ser anulada parcialmente respecto de esta ampliación.¹²

Y qué decir del campo de la responsabilidad aquiliana que es particularmente pródigo en incongruencias consistentes en otorgar lo que no se ha pedido. Y así, rubros principales (por ejemplo la privación de uso de un automotor) y accesorios (intereses) se conceden a veces cuando, en verdad, no han sido postulados; generando así las consiguientes quejas, imputaciones de incongruencias y reclamos nulidicentes. Ciertamente es, y ello vale como aclaración, que algunos (no todos) pensamos que los intereses compensatorios derivados de un ilícito deben considerarse tácitamente reclamados por la víctima por guardar ello relación con el dogma de la reparación integral del desmedro sufrido por aquélla,¹³ pero no todos

¹² Fassi, Santiago y Yáñez, César, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1989, t. 2, p. 328.

¹³ Peyrano, Jorge W., “El reclamo implícito del rubro intereses en materia de responsabilidad aquiliana”, *Jurisprudencia Santaefesina*, núm. 61, p. 180: “En primer lugar, debe tenerse en cuenta que los intereses compensatorios cuya reclamación se ha omitido han sido generados por un acto ilícito, del cual se deriva un daño cuya indemnización está gobernada por el principio de reparación integral. Además, se ha dicho y repetido que los intereses compensatorios integran la mencionada «reparación integral». Con lo anterior, ponemos de resalto que en la especie no se trata de la preterición de postular el ítem «intereses compensatorios» en una demanda cualesquiera, sino en una en la cual se pretende una indemnización dominada por el principio de la reparación integral. Es más: a) creemos que es decisivo consultar el tenor del escrito de demanda para inferir de él si resulta que la actora buscaba una reparación integral y la consiguiente percepción de todo lo percibible con motivo de la indemnización perseguida; b) si se advierte algún renunciamento a una porción de la referida «reparación integral». Obviamente, se impone en el caso un análisis inteligente y pormenorizado del escrito de demanda para desentrañar sus verdaderos alcances”.

—insistimos— opinan igual. Por lo demás, el supuesto de la responsabilidad civil aquiliana es una hipótesis singular que no cubre todo el espectro del ítem “intereses”; rubro que, como regla, debe ser petitionado por las partes para ser válidamente concedido por los estrados judiciales. Caso contrario, el órgano jurisdiccional no puede —so pena de incurrir en incongruencia— suplir el silencio del interesado. Asimismo, el tenor crematístico de los rubros principales reclamados en juicio, pueden suscitar un vicio de incongruencia extrapetita consistente no tanto en suplir el silencio de las partes sino en conceder una indemnización mayor que la requerida.¹⁴

En cuanto a la fuente “falta de fundamentación o muy deficiente motivación”,¹⁵ cabe decir que el tema costas¹⁶ puede ser un campo fecundo para la operatividad de anulaciones parciales de decisiones judiciales. Su calidad de ser fácilmente separable del resto de la estructura de una sentencia o de un acto interlocutorio y el hecho de que, habitualmente, los tribunales no fundan adecuadamente la condena en costas, conspiran para que dicho accesorio sea con cierta frecuencia objeto de anulaciones parciales.

Finalmente, ¿cuáles son las vías idóneas más transitadas para obtener la nulidad de una parte de una decisión judicial? Ciertamente que el recurso de nulidad (parcial, claro está) es la ruta mas hollada en la materia. Ello no puede extrañar cuando se memora que coinciden todas las leyes procesales civiles del país,¹⁷ en que entre las causales de invalidez de las resoluciones judiciales se cuenta el incumplimiento de los requisitos que condicionan la validez de los pronunciamientos. Y entre dichos recaudos asumen un papel relevante la congruencia y la debida fundamentación.¹⁸

Asimismo —ya desde hace algunos años—, la llamada reposición *in extremis* es otro camino seguido para dar por tierra con porciones —sepa-

¹⁴ Fallos 316, 1977.

¹⁵ Arazi, Roland y Rojas, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. 1, p. 548.

¹⁶ Peyrano, Jorge W., “Precisiones sobre la reposición *in extremis*. La impugnación de la sentencia firme”, *Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, t. 1, p. 326.

¹⁷ Santos, Mabel de los, “El recurso de nulidad”, en Arazi, Roland (coord.), *Recursos ordinarios y extraordinarios*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 235.

¹⁸ *Ibidem*, p. 247.

rables, sin menoscabo del resto— de resoluciones judiciales.¹⁹ Antes de proseguir, es imperioso decir “dos palabras” acerca de qué se trata cuando se habla de dicha variante pretoriana del recurso de revocatoria: es un recurso de procedencia excepcional y subsidiario cuya sustanciación y recaudos se corresponden, en principio, con los parámetros legalmente previstos para los recursos de revocatoria codificados. Con su auxilio se puede intentar subsanar errores materiales —y también excepcionalmente yerros de los denominados “esenciales”— groseros y evidentes, deslizados en un pronunciamiento de mérito —dictado en primera o ulteriores instancias— que no puedan corregirse a través de aclaratorias y que generan un agravio trascendente para una o varias partes. Se entiende por “error esencial” aquel que sin ser un yerro material es tan grosero y palmario que puede y debe asimilarse a este último. Su interposición exitosa presupone que se está atacando, total o parcialmente, una resolución que no es susceptible de otras vías impugnativas o que, de serlo, las mismas son de muy difícil acceso o que su sustanciación involucre una flagrante violación de la economía procesal porque indudablemente su suerte tiene un pronóstico favorable; y que no se alegue la necesidad de suplir una equivocación jurídica o un déficit de actividad de las partes en materia de recolección de material probatorio.²⁰ Interesa destacar que, recientemente, la ley provincial correntina 5745 ha incorporado dicho instituto al Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes, respetando los parámetros que le venía fijando la doctrina autoral y judicial. Veamos, entonces, el tenor del artículo 241 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes:

Caracterización: Será procedente el Recurso de Revocatoria *in extremis*, cuando el Tribunal recurrido incurrió en situaciones serias e inequívocas de error evidente y grosero. Admisibilidad. El Recurso de revocatoria “*in extremis*” procede respecto de toda clase de resoluciones. Si fuere manifiestamente inadmisibile, el juez o tribunal podrá rechazarlo sin ningún otro trámite. Plazo: El recurso se interpondrá y fundará por escrito dentro de los tres (03) días siguientes al de la notificación de la resolución que se recurre. Efecto de la deducción de este recurso: los plazos para interponer otros recursos, comenzarán a correr al día siguiente al de la notificación de

¹⁹ Peyrano, Jorge W., “Estado de la doctrina judicial de la reposición *in extremis*. Muestreo jurisprudencial”, *Impugnación de la sentencia firme*, pp. 291 y ss.

²⁰ *Idem*.

la resolución que recaiga sobre la revocatoria “*in extremis*”. Costas: las costas se distribuirán en el orden causado, cuando fuere procedente, atento que el origen del recurso es un yerro de la jurisdicción. Declarado improcedente se impondrán al recurrente.

Llegados a este punto, creemos que existen sobradas pruebas de que no siempre y en todos los casos, la trama de los pronunciamientos judiciales rechaza la posibilidad de anulaciones parciales. Más aún: principios más o menos generales del proceso civil, tan aceptados y rendidores como los de economía procesal²¹ y de la conservación de la validez de los actos y actuaciones procesales, reclaman que dicha posibilidad sea una realidad.

²¹ Peyrano, Jorge W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, pp. 249 y ss.

LE SENTENZE DEI GIUDICI COSTITUZIONALI TRA DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E DIRITTO LEGISLATIVO

Alessandro PIZZORUSSO*

SOMMARIO: I. *L'assetto delle fonti del diritto e dell'ordinamento giurisdizionale come criterio di differenziazione dei sistemi di civil law da quelli di common law.* II. *La distinzione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.* III. *I criteri distintivi della sentenza dall'atto normativo.* IV. *Tecniche impiegate per realizzare gli effetti normativi delle sentenze che determinano effetti di questo tipo.* V. *Sentenze normative e soft law.*

I. L'ASSETTO DELLE FONTI DEL DIRITTO E DELL'ORDINAMENTO GIURISDIZIONALE COME CRITERIO DI DIFFERENZIAZIONE DEI SISTEMI DI CIVIL LAW DA QUELLI DI COMMON LAW

Costituisce ormai quasi un luogo comune l'affermazione secondo la quale lo sviluppo che la giustizia costituzionale ha avuto nel corso del XX secolo, soprattutto in Europa, ha contribuito in modo considerevole al riavvicinamento dei due grandi sistemi giuridici, quello della *common law* e quello della *civil law*, la cui contrapposizione aveva costituito l'alternativa più netta cui dovesse aversi riguardo per la classificazione dei sistemi in opera negli stati, ossia nelle principali strutture organizzative che, a partire dall'epoca dei trattati di Westfalia, sono state impiegate dagli abitanti del pianeta terra per realizzare il "diritto" nelle varie forme in

* Professore di diritto costituzionale nell'Università di Pisa; socio nazionale dell'Accademia dei Lincei, Roma.

cui esso è attualmente configurato.¹ Per cogliere le ragioni che hanno determinato questa divaricazione ed il successivo riavvicinamento conviene soffermarsi su talune caratteristiche che le sentenze costituzionali presentano, l'analisi comparatistica delle quali getta qualche luce sulla vicenda, complessivamente considerata.

Lo sforzo che fu compiuto dai fondatori della moderna scienza del diritto comparato per raggruppare gli ordinamenti giuridici statali in "famiglie" o "sistemi",² onde orientare coloro che avevano bisogno di disporre di una qualche conoscenza degli ordinamenti giuridici stranieri (resa sempre più difficile dall'aumento del numero degli stati almeno teoricamente sovrani e come tali dotati di un proprio ordinamento giuridico, diverso —in qualche misura almeno— da tutti gli altri), trovò il suo percorso principale nel raffronto fra i sistemi delle fonti del diritto e fra i modelli di ordinamenti giurisdizionali che trovavano applicazione nei diversi paesi, cercando così di ricondurli ad un numero di tipi assai più ristretto di quello derivante dai meri cataloghi desumibili dai manuali di geografia politica.

La comparazione delle norme sulle fonti consentiva infatti di acquisire degli strumenti che facilitavano considerevolmente l'opera del giurista perché consentivano di pervenire abbastanza facilmente, anche in una situazione nella quale il pianeta era diviso fra un numero relativamente elevato di stati sovrani,³ se non alla conoscenza della disciplina che un certo ordinamento statale dettava per una certa materia o per una certa

¹ Sui problemi dello studio dei sistemi delle fonti nell'epoca contemporanea gli scritti compresi in A. Pizzorusso (a cura di), *Law in the Making*, Springer, Heidelberg, 1988, nonché, più di recente, per il punto di vista dell'autore del presente saggio su questo tema, *id.*, "Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto", *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1687 ss.; *id.*, "Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto", *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. 3, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 91 ss., *id.*, *La question des sources du droit au début du XXIème siècle*, *Corso di pubblicazione nelle Mélanges en l'honneur du professeur Francio Delpérée*, in italiano, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (29 gennaio 2007).

² Secondo la classificazione stabilita soprattutto da René David nella sua celebre opera *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11 edizione, aggiornata da Camille Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 2002.

³ Data la scarsa incidenza, specialmente fino a qualche tempo fa, che nei confronti dei diritti degli individui esercitavano i vincoli derivanti dal diritto internazionale o da altre forme di diritto dotate, in un modo o in un altro, di carattere sovranazionale.

fattispecie, quanto meno all'individuazione dei percorsi da seguire per pervenire all'individuazione di tale disciplina.⁴

Per quanto i fatti o atti normativi che, nel corso della storia dell'umanità, sono stati impiegati come fonti del diritto siano assai numerosi, e varie siano le combinazioni in cui essi si trovano concretamente impiegati, è indubbio che —soprattutto nell'epoca moderna— i tipi fondamentali di essi sono riducibili a pochi tipi. Uno di essi è quella che si ha quando i principi o le regole cui viene riconosciuto valore normativo siano desumibili dalla ripetizione di un certo comportamento compiuta, in presenza di certe circostanze di fatto, con la consapevolezza di tenere una condotta giuridicamente doverosa per essere conforme a quella tenuta precedentemente dagli altri soggetti che si sono trovati in presenza di una situazione analoga, cioè quando ci troviamo di fronte a delle “consuetudini” in senso tecnico. Altra ipotesi di questo genere è quella che si ha quando si ritiene corrispondente ad un obbligo giuridico (e non a mere regole sociali o morali) l'osservanza di principi e regole che appaiono le più razionali, anche alla luce di precedenti valutazioni, nei limiti in cui la ragione umana è capace di pervenire a soluzioni convincenti, e questo è il caso del “diritto giurisprudenziale” (che si presenta peraltro in forme assai diverse tra loro). Una terza ipotesi è quella che si ha quando la regola da osservare costituisce il frutto di un accordo delle parti interessate (o dei loro rappresentanti, tali riconosciuti dal diritto vigente), essendo evidente che *pacta sunt servanda*, anche se non sono frequenti i casi in cui questo genere di accordi determinano direttamente la produzione di regole efficaci *erga omnes*.⁵ Una quarta ed una quinta ipotesi sono quelle che derivano dalle manifestazioni di volontà dell'autorità divina (ove ad esse, in un modo o in altro, sia riconosciuta vera e propria forza normativa da parte dei seguaci di una religione o per effetto della recezione del diritto della religione praticata nel paese da parte di una fonte statale) o dalle manifestazioni di volontà delle autorità politiche dotate di una tale forza o, come altrimenti si dice, di efficacia *erga omnes* (quanto meno nell'ambito territoriale o personale su cui si esplica l'autorità dello Stato che esse impersonano) e quest'ultimo è il caso dei vari tipi di “legge”, ossia di

⁴ Cfr. Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, 2 edizione, Milano, Giuffrè, 1998, pp. XX-XXI.

⁵ Più spesso, infatti, gli accordi di questo tipo operano nei confronti di una determinata collettività di soggetti in virtù della recezione di essi ad opera di atti normativi di diversa struttura operanti come fonti nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico.

atto normativo scritto, prodotto attraverso un procedimento regolato dal diritto.⁶

Pare indubbio che, nell'epoca moderna, i due tipi di fonti del diritto che hanno maggiormente caratterizzato i sistemi giuridici vigenti negli Stati, soprattutto in Occidente, sono stati il diritto legislativo (categoria alla quale possono ricondursi, sia la legge nel suo senso più specifico di atto normativo emanato da un'assemblea rappresentativa, sia la Costituzione, il regolamento dell'esecutivo, il referendum a carattere normativo, ecc.) e il diritto giurisprudenziale (categoria nella quale i teorici comprendono tanto la "giurisprudenza" giudiziaria, quanto la "dottrina", anche se nella pratica l'efficacia riconosciuta all'una e all'altra è talora differenziata);⁷ è infatti dal tipo di ruolo assegnato o negato a queste due fonti nell'ordinamento inglese (e in quelli dei paesi che hanno subito l'influenza culturale dell'Inghilterra) oppure nell'ordinamento francese (e in quelli dei paesi che hanno subito l'influenza culturale della Francia) che deriva la contrapposizione dei due principali sistemi giuridici dell'epoca moderna, quello detto della *common law* e quello detto della *civil law*. La principale distinzione fra i sistemi delle fonti adottati negli uni e, rispettivamente, negli altri consiste infatti principalmente nell'attribuzione del valore di fonte al precedente giudiziario, che è propria dei primi, e nel diniego di tale valore ad esso, che è proprio degli altri e delle conseguenze che ne derivano in materia di organizzazione del potere giudiziario.⁸

⁶ Carré de Malberg, R., *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

⁷ Sull'uso delle opere della "dottrina" da parte dei giudici inglesi *cfr.*, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, Braun, A., *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006. Si noti che, in italiano (a in altre lingue europee diverse dallo spagnolo), l'espressione "dottrina" indica la letteratura giuridica prodotta dai professori o altri giuristi (non necessariamente con riferimento alla sola attività forense) e, solo per traslato, le interpretazioni del diritto vigente da essa proposte, normalmente distinguendole tuttavia dalle interpretazioni adottate dai giudici nelle loro decisioni (con riferimento alle quali l'espressione "giurisprudenza" è spesso usata in un significato restrittivo). Quest'ultimo termine è invece spesso usato come comprensivo, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza giudiziaria, nei lavori di carattere storico o teorico (*cfr.*, ad esempio, Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967).

⁸ E' ovvio infatti che il riconoscimento del precedente giudiziario come fonte del diritto comporta l'attribuzione di un elevato regime di indipendenza agli organi del potere giudiziario, laddove la soluzione opposta determina talora un regime di indipendenza assai più limitato.

II. LA DISTINZIONE FRA DIRITTO LEGISLATIVO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

Questa divaricazione si realizzò soprattutto in seguito alle vicende verificatesi in Francia nella seconda metà del XVIII secolo quando gli organi giudiziari dell'*ancien régime* —i *parlements*— si scontrarono con le autorità politiche, determinando una reazione che si concluse con la loro soppressione e, dopo il ripristino di un'organizzazione giudiziaria, peraltro ispirata a principi assai differenti, con l'affermazione di una tradizione costituzionale assai riduttiva della previsione di un "potere giudiziario" indipendente dagli altri due quale impostata da Montesquieu.⁹

Con specifico riguardo al sistema delle fonti del diritto, questa evoluzione trovò un preciso fondamento giuridico nell'articolo 5 del *Code Napoléon*, per il quale "*il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*". Questa espressione si presentava a quel tempo soprattutto come polemica nei confronti della prassi degli *arrêts de règlement*, che era stata adottata dai *parlements* al tempo dell'*ancien régime*, ed è stata comunemente letta nel senso che il principio di diritto posto a base di una decisione giudiziaria, una volta che questa sia divenuta non più impugnabile, si immedesima esclusivamente nel *decisum* e come tale ha soltanto l'efficacia propria del "giudicato", con i relativi limiti oggettivi e soggettivi.

Pertanto, anche nei casi in cui il principio di diritto posto a base della decisione giudiziaria consiste nell'individuazione di una norma che non è scritta nella legge (o in altre fonti legislative), ma risulta dall'interpretazione che il giudice dà (anche avvalendosi delle proposte degli avvocati) di una o più disposizioni legislative, o ricava da principi desumibili da ragionamenti fondati su basi discutibili, la forza normativa propria di esso si ridurrà all'efficacia *inter partes* che spetta al giudicato, ma non assumerà l'efficacia *erga omnes* che sarebbe sua propria ove esso fosse enunciato direttamente dalla legge.

Questa vicenda, che ha influenzato il diritto degli altri paesi dell'Europa continentale e dei paesi extraeuropei che hanno a loro volta subito l'influenza di questi ultimi, non ha riguardato l'Inghilterra e gli altri pae-

⁹ Nelle costituzioni francesi di questo periodo non si parla quasi mai di "potere giudiziario", ma di "autorità giudiziaria", configurata come un ramo dell'organizzazione dei pubblici poteri quasi simile a quelli che costituiscono la Pubblica amministrazione.

si che attualmente appartengono all'area della *common law*, nei quali le norme che assumono i caratteri propri di un "precedente" giudiziario vincolano —in modo più o meno rigido e talora soltanto ove provengano dalle pronunce di determinate corti— i giudici che successivamente si trovino a decidere questioni riguardanti fattispecie simili a quelle con riferimento alle quali il precedente è stato stabilito, anche se proposte nei confronti di soggetti o con riferimento ad oggetti diversi da quelli coperti dal giudicato derivante dalla decisione che ha stabilito il precedente (e quindi, sostanzialmente, con effetti *erga omnes* anziché *inter partes*, come altrimenti varrebbe, sia per i contratti —anche se a contenuto "normativo"—, sia —salvo casi relativamente eccezionali— per le sentenze e per gli atti amministrativi).

Nel corso dei secoli che avevano preceduto la vicenda sviluppata in Francia e diffusasi in molti altri paesi a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, quella fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale si era spesso presentata come la più importante alternativa fra le possibili forme di produzione del diritto (affiancandosi talora a queste due quella risultante dalla consuetudine), senza che quasi mai si stabilisse fra esse una vera e propria gerarchia, per effetto della quale l'una di esse potesse dirsi sicuramente operativa soltanto nei limiti in cui era ammessa o richiamata dall'altra. Fin dall'epoca romana, le *leges* votate dai comizi e, più tardi, promulgate dall'imperatore coesistevano con gli *iura*, costituiti soprattutto dalle opinioni espresse dai giuristi, poi riunite del *Digesto* di Giustiniano,¹⁰ ed analogamente, alcuni secoli più tardi, il diritto comune, fondato sulla reinterpretazione del *Corpus iuris*, convisse con gli statuti comunali, con le ordinanze dei monarchi e con altre forme di diritto legislativo.¹¹ Ed anche la coesistenza attualmente esistente nei paesi di *common law* fra gli *statutes* e i precedenti si fonda su una sorta di bilanciamento fra la prevalenza del diritto legislativo nei confronti dei precedenti e l'esistenza di un potere interpretativo del giudice esercitabile anche nei confronti degli *statutes* e capace di dar luogo a nuovi precedenti che si sovrappongono ad essi.¹²

¹⁰ Cfr., da ultimo, Schiavone, A., "Ius", *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 5 ss.

¹¹ Cfr. Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995, pp. 229 ss.

¹² In proposito cfr. Calabresi, G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982, p. 163 ss.; Mattei, U., "Common Law, Il diritto anglo-americano", *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, R., Torino, Utet, 1992, pp. 298 ss.

Con riferimento al *Code Napoléon*, invece, la legge del 30 ventoso anno XII (1804) stabilì all'articolo 7, che "*A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code*" e, da quel momento in poi, furono i codici a stabilire in quali casi dovessero operare fonti diverse dalla legge, come le consuetudini, i regolamenti, i contratti collettivi, le fonti di eventuali ordinamenti autonomi, il diritto straniero, ecc., come venne indicato nelle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1942 o in analoghi testi adottati in altri paesi. Questo assetto delle fonti del diritto, assolutamente prevalente nell'area della *civil law* per tutto il XIX secolo e nella prima metà del XX,¹³ fu implicitamente modificato però dalle costituzioni europee del XX secolo quando esse, prendendo spunto dalle teorie affermatesi negli Stati Uniti a partire dalla sentenza *Marbury versus Madison* del 1803,¹⁴ ma ripensando la nozione di rigidità della *higher law* e il controllo di costituzionalità delle leggi in modo da renderli quanto più possibile compatibili con la dottrina della sovranità del Parlamento e con l'impostazione giuspositivista del diritto, adottarono un sistema delle fonti disciplinato dalla Costituzione nell'ambito del quale la legge non costituiva più la fonte delle fonti, ma solo una delle fonti previste e disciplinate dalla Costituzione.¹⁵

Leges e iura si trovarono così nuovamente a confronto e il risultato fu la penetrazione del diritto giurisprudenziale nell'area della *civil law*, che il *Code Napoléon* aveva cercato di depurare completamente da esso. Riconoscendosi ad un giudice, sia pure atipico come una corte costituzionale titolare di competenza "accentrata", il compito di stabilire la compatibilità o l'incompatibilità di fonti di grado diverso, ne derivò immediatamente una rivalutazione del ruolo dell'interprete, sia esso una corte costituzionale o altro giudice che decide una questione di costituzionalità, o un normale giudice o altro soggetto che la solleva rimettendola alla corte costituzionale, o un avvocato che prepara un ricorso fondato su essa, se-

¹³ Cfr., da ultimo, Grossi, P., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

¹⁴ *U. S. Supreme Court* (1803), 1 *Cranch (U.S.)* 137.

¹⁵ Cfr. Pizzorusso, A., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 4 ss.

condo le diverse possibilità offerte dai differenti sistemi di giustizia costituzionale impiegati nei diversi paesi.

Inoltre, per quanto questi sistemi cercassero dapprima di mantenere la disciplina del controllo di costituzionalità delle leggi sui binari costituiti dalla dottrina delle fonti elaborata dal giuspositivismo, riconducendo le decisioni d'incostituzionalità ad una forma di "legislazione negativa",¹⁶ soggetta al regime della pubblicazione dei dispositivi delle sentenze nelle forme praticate con riferimento agli atti normativi, la penetrazione del diritto giurisprudenziale attraverso l'opera della giustizia costituzionale si rivelò ben presto non contenibile entro limiti di questo tipo.

La prima manifestazione di questa tendenza fu costituita dalla prassi delle sentenze interpretative di rigetto e delle sentenze "manipolative" del testo controllato, le quali miravano molto più a correggere il diritto vigente (sia imponendone un'interpretazione variamente estensiva o limitativa, sia modificandone il testo, ma senza essere vincolate alla tecnica dell'emendamento testuale) che non a risolvere il contrasto fra norma costituzionale e norma legislativa mediante l'abrogazione secca della seconda (per non dire poi dei problemi di efficacia delle decisioni nel tempo, che misero in evidenza alternative non sempre risolubili mediante ricorso alle regole proprie dell'abrogazione legislativa).

Ulteriori vicende che favorirono l'avvicinamento fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* si ebbero particolarmente in Europa, dove il coordinamento degli ordinamenti giuridici statali che fu determinato dallo sviluppo delle Comunità e poi dell'Unione Europea, determinò contatti assai più ravvicinati fra ordinamenti appartenenti alle due aree, nonché la creazione di una giurisdizione europea sulla quale entrambe le due culture ad esse corrispondenti esercitarono un'importante influenza. In particolare, l'affermazione del principio della disapplicazione del diritto nazionale contrario al diritto comunitario mediante tecniche assai prossime a quelle proprie del controllo "diffuso" di costituzionalità delle leggi praticato negli Stati Uniti contribuì alla elaborazione di una concezione delle fonti che si veniva distanziando per più motivi da quella che si era affermata durante il periodo di massimo sviluppo delle dottrine giuspositivistiche. Ed analogo influsso ebbero i casi sempre più frequenti nei quali fu ammesso che anche forme di *soft law*, alle quali non poteva cioè

¹⁶ Cfr. Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, p. 60 (sulle orme di Kelsen).

attribuirsi una forza vincolante quale era quella tradizionalmente propria del “diritto positivo” nazionale, ma solo una forma di *persuasiveness* simile a quella del precedente americano,¹⁷ potevano e dovevano essere tenute presenti nella ricerca della *regula iuris* applicabile alle fattispecie concrete o elaborabile in una prospettiva astratta e nell’interpretazione del diritto scritto.

Ai fini di una più efficace identificazione del tipo di contributi che diritto legislativo e diritto giurisprudenziale possono arrecare all’opera del giurista che operi in un ambiente nel quale la tradizionale contrapposizione di *civil law* e *common law* abbia cominciato a perdere quel ruolo di *summa divisio* ai fini dell’indagine comparatistica che gli era stato assegnato in passato, sembra essenziale l’analisi dei modi in cui influiscono sul sistema delle fonti del diritto le decisioni pronunciate dalle corti costituzionali, ovvero dagli altri giudici che esercitano il controllo di costituzionalità delle leggi in forma “diffusa”.

III. I CRITERI DISTINTIVI DELLA SENTENZA DALL’ATTO NORMATIVO

A questo scopo, occorre cominciare con l’osservare che, seppure il provvedimento “sentenza” possa venir utilizzato come forma di qualunque tipo di decisione, indubbiamente la sua struttura —e soprattutto il suo procedimento di formazione, ossia il “processo”— presentano caratteristiche profondamente diverse da quelle proprie dell’“atto normativo” e, rispettivamente, del procedimento di formazione di esso—tanto nella variante applicata agli atti legislativi delle assemblee parlamentari, cioè alla “legge” in senso stretto, quanto in quella propria degli atti normativi

¹⁷ Fra queste forme di *soft law* cominciò a trovar posto sempre più di frequente quello che viene solitamente chiamato “diritto transnazionale”, ossia il diritto (legislativo, o anche giurisprudenziale) praticato in altri paesi e, come tale, non certamente applicabile in base alle consuete norme sull’efficacia delle fonti del diritto dello Stato in cui invece viene utilizzato, non già come diritto vincolante, bensì come strumento di interpretazione di esso, o come termine di raffronto utilizzabile dai riformatori dell’ordinamento giuridico nazionale. *Cfr.*, in proposito, A. Sperti, “Il dialogo fra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente”, *Corso di pubblicazione in Rivista di diritto costituzionale*, 2006, ed ivi ulteriori riferimenti, cui *adde*: T. M. Fine, “El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Corte de Justicia de los Estados Unidos de América”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 6/2006, p. 327 ss.

del potere esecutivo, che è spesso quella propria degli atti amministrativi, talora con adattamenti.

Nel caso delle sentenze, l'oggetto della pronuncia che viene con esse adottata consiste nella domanda che è stata proposta dall'attore (o dal convenuto in via riconvenzionale) al giudice civile o dal pubblico ministero al giudice penale e il *decisum* è conseguentemente l'accertamento dell'esistenza o meno del fondamento giuridico di essa e delle conseguenze che ne derivano (*cf.* gli articoli 2097-2909, codice civile italiano del 1942, e analoghe disposizioni di codici di altri paesi, e articoli 648-654, codice di procedura penale italiano del 1988, e analoghe disposizioni di codici di altri paesi). Mentre le argomentazioni che hanno condotto il giudice a risolvere il "punto di diritto" che è alla base del *decisum* esercitano una funzione strumentale rispetto a tale determinazione e costituiscono il "precedente" che eventualmente potrà operare come una fonte del diritto, vincolante o persuasiva a seconda di quanto stabiliscono i diversi ordinamenti e a seconda delle circostanze. È evidente, infatti, che tecnicamente nulla impedisce di individuare un precedente anche in una sentenza pronunciata in un paese il cui ordinamento non riconosce in esso una fonte del diritto.¹⁸

Il giudice assolve a questo aspetto della sua funzione compiendo una ricerca tra le fonti che sono state invocate dalle parti, o tra quelle che gli appaiono comunque applicabili in base al principio *iura novit curia*, e svolgendo nei confronti di esse quell'attività di interpretazione che gli appare utile compiere per una corretta decisione del caso, in considerazione di quello che è il "fatto" cui egli deve applicare il "diritto". Questa attività è potenzialmente analoga a quella svolta dal legislatore che cerca la migliore disciplina da applicare ad una fattispecie astratta, ma se ne differenzia, in primo luogo, perché il giudice non dispone del potere, che è proprio del legislatore, di cambiare il diritto (salvo il rispetto dei limiti costituzionali) e, in secondo luogo, perché la ricerca del diritto da parte del giudice è limitata dalla necessità di trovare la disciplina da applicare alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame e non ad una fattispecie astratta in cui essa risulti compresa.

Lo schema che risulta da tutto ciò comporta che, normalmente, il giudicato, in quanto pronuncia su un caso concreto e non su una fattispecie

¹⁸ *Cfr.* Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 263 ss.

astratta, può funzionare, in pratica, come se fosse una fonte del diritto soltanto ove riguardi un caso non regolato da fonti legislative, oppure in quanto dia un'interpretazione in qualche modo innovativa di una fonte legislativa, o in quanto modifichi un precedente anteriormente stabilito da un giudice (o da lui stesso) secondo le note tecniche dell'*overruling*, *explaining*, *harmonizing*, *limiting*, ecc., e soltanto come fonte regolatrice di una fattispecie concreta analoga a quella con riferimento alla quale il precedente è stato stabilito (risultando altrimenti suscettibile di essere paralizzato attraverso la tecnica del *distinguishing*).

Vi è tuttavia un'ipotesi nella quale questo regime degli effetti della sentenza (effetti di giudicato, effetti di precedente) subisce una qualche alterazione e questa è quella che si ha nei casi di sentenze costituzionali o amministrative le quali decidano questioni di costituzionalità di atti normativi (costituzionali o amministrativi, ma comunque dotati di carattere normativo), giacchè in tali ipotesi un effetto normativo (cioè *erga omnes*) è direttamente ricollegabile alla decisione del giudice.

IV. TECNICHE IMPIEGATE PER REALIZZARE GLI EFFETTI NORMATIVI DELLE SENTENZE CHE DETERMINANO EFFETTI DI QUESTO TIPO

Se analizziamo le tecniche adottate nei principali ordinamenti dell'epoca moderna e contemporanea per realizzare gli effetti normativi delle sentenze costituzionali o amministrative, osserviamo come esse impieghino talora, combinandoli insieme, strumenti tipicamente propri degli ordinamenti di *common law* e strumenti propri degli ordinamenti di *civil law* e, più specificamente, tecniche proprie del diritto giurisprudenziale, come quella che consiste nell'attribuire efficacia vincolante o persuasiva al precedente, e tecniche proprie del diritto legislativo, come quella che consiste nel modificare il diritto vigente mediante la pubblicazione di un atto dotato di effetti normativi (quanto meno abrogativi dei principi o regole precedentemente in vigore), anche se si tratta di una sentenza, cioè di un atto giuridico per molti aspetti diverso da quelli riconducibili al tipo della legge. Inoltre, possiamo osservare come il carattere rigido della Costituzione ed il potere del giudice di annullare o disapplicare gli atti legislativi contrari ad essa, in alcuni casi siano stati stabiliti attraverso l'attività interpretativa del giudice, mentre in altri siano stati previsti o esclusi da precise disposizioni costituzionali o legislative.

Nell'ordinamento degli Stati Uniti, che costituisce ovviamente il capostipite di questa serie, la nozione di *higher law* e il potere del giudice di disapplicare le norme legislative contrarie ad esso furono essenzialmente fondati sull'individuazione, in via di interpretazione, di principi ritenuti intrinseci a qualunque moderno ordinamento costituzionale moderno, ma l'efficacia di giudicato della pronuncia non venne per questo in alcun modo modificata. Pertanto, l'eventuale efficacia *erga omnes* della dichiarazione d'incostituzionalità della legge in essa contenuta si produce in quanto risulta costitutiva di un precedente, di per sé incapace di modificare le leggi vigenti e suscettibile di *overruling*. La Costituzione del 1787 prevede, all'articolo V, una procedura da seguire per la revisione della Costituzione che è diversa a "aggravata" rispetto a quella legislativa, ma non pare che questa circostanza sia stata oggetto di particolare attenzione in *Marbury*. La Costituzione medesima, d'altronde, esplicitamente non prevede né esclude che il giudice possa esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi. Come è stato spesso rilevato, questo sistema è pertanto un sistema diffuso, dichiarativo e incidentale, in base al quale, cioè, il controllo di costituzionalità può essere esercitato da qualunque giudice, come una questione "pregiudiziale" rispetto alla decisione di una questione "principale" che egli deve risolvere, sulla decisione della quale la sua sentenza produrrà un normale effetto di giudicato. Del pari, l'effetto di precedente, proprio della pronuncia sulla questione di costituzionalità, si produrrà in base alle regole generali e sarà comunque un effetto "persuasivo", dotato di una capacità di convinzione (nei confronti dei giudici che si trovino a decidere una questione analoga) che risulterà più o meno intensa secondo i criteri che in via generale influiscono sulla forza normativa dei precedenti.

Il sistema americano è stato recepito in paesi di *common law* (ma non in Inghilterra) o in altri stati americani anche di *civil law*, senza che le relative esperienze appaiano altrettanto importanti di quella sviluppatasi negli Stati Uniti. Anche in Europa si sono avute iniziative della dottrina e, più raramente, della giurisprudenza tendenti ad adottarlo, le quali hanno incontrato però forti resistenze nel principio per cui il giudice è tenuto all'osservazione della legge, riprodotto in alcune costituzioni e implicitamente presupposto dalle altre, come già si è segnalato. Ciò nondimeno, esistono alcuni paesi che accolgono questo sistema, senza che peraltro ciò abbia dato luogo ad esperienze particolarmente importanti, ed esistono casi di sentenze-pilota che hanno affermato la possibilità che il giudi-

ce eserciti un controllo di costituzionalità delle leggi così congegnato, anche se con effetti pratici generalmente piuttosto limitati. Il caso più importante di questo genere è costituito dalla sentenza del *Reichsgericht* del 5 novembre 1925¹⁹ che affermò questo principio quando in Germania era in vigore la Costituzione di Weimar (la quale pure non prevedeva nulla del genere e richiamava invece esplicitamente, all'articolo 102, il principio di soggezione del giudice alla legge) e contribuì a preparare l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi nel secondo dopoguerra, anche in forme assai diverse.²⁰ Da segnalare anche la sentenza della Corte di cassazione italiana del 28 luglio 1947, n. 1212,²¹ che pure si pronunciò in questo senso (in un momento nel quale era in vigore la "Costituzione provvisoria" adottata dopo la caduta del fascismo, che nulla di esplicito conteneva su questo tema, ma già erano in corso i lavori dell'Assemblea costituente che preparava una Costituzione comprendente la previsione del controllo di costituzionalità delle leggi, seppure in forma, anche qui, assai diversa), avallando una giurisprudenza dei giudici di merito che fece applicazione del principio in un numero piuttosto limitato di casi, prima che l'insediamento della Corte costituzionale rendesse possibile l'attivazione del controllo da essa esercitato, del quale si dirà più avanti, quando si parlerà dei "sistemi misti" di controllo di costituzionalità delle leggi.²²

Da questi esempi si può dedurre una scarsa propensione degli ordinamenti di *civil law* all'accoglimento di un sistema di questo tipo, che appare accolto soprattutto in situazioni transitorie, in vista della previsione formale di un diverso tipo di controllo, oppure in paesi nei quali i problemi di costituzionalità delle leggi non presentano un particolare rilievo.

E' da notare però che un controllo di questo genere, quanto meno sotto il profilo processuale, presenta una sostanziale analogia con quello attinente alla compatibilità del diritto nazionale degli stati membri dell'Unione europea con il diritto comunitario quale risulta dalla giurispru-

¹⁹ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 111, 320.

²⁰ Cfr. Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 85 ss.

²¹ In *Foro italiano*, 1947, I, 545; *Giurisprudenza italiana*, 1947, I, 1, 337.

²² Cfr., da ultimo, Bartole, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 17 ss., e Costanzo, P., in *Commentario della Costituzione*, sub disp. trans. fin. VII, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc.ed. de Il Foro italiano, 1995, pp. 146 ss.

denza *Simmenthal* della Corte di Giustizia dell'UE e da quelle delle giurisdizioni nazionali, il quale appare destinato ad esercitare un ruolo di grande rilievo, a mano a mano che le possibilità che esso offre diverranno di più comune impiego da parte dei cittadini europei.²³

Una soluzione fondata su principi assai diversi è quella che si è venuta realizzando dapprima in alcuni paesi dell'Europa centrale sulle tracce della tradizione di *Staatgerichtsbarkeit* già sviluppatasi nell'ambito del Sacro Romano Impero per la decisione di ricorsi su questioni di diritto pubblico che dessero luogo a conflitti fra soggetti titolari di pubblici poteri. Le versioni più moderne di questo tipo di ricorsi comportano la possibilità di sottoporre ad un organo centralizzato, a carattere sostanzialmente giurisdizionale, una questione di competenza sorta fra organi costituzionali dello Stato oppure, in ordinamenti federali o comunque comprendenti enti titolari di autonomie, fra questi e lo Stato centrale, e in certi casi tali ricorsi sono stati previsti anche nei confronti di atti legislativi.

In questi casi, il ricorso contro atti legislativi ha una struttura e un contenuto assai simile a quello dei ricorsi contro atti amministrativi ed analoghi sono i problemi che possono porsi con riferimento al giudicato o al precedente. Con la differenza, tuttavia, che in questi casi l'eventuale sentenza che accoglie il ricorso, pronunciando l'annullamento dell'atto impugnato, opera necessariamente *erga omnes*, per cui la sua efficacia di precedente, viene assorbita dall'efficacia di giudicato. Naturalmente ciò non vale per successivi giudizi riguardanti casi analoghi, ma non lo stesso atto, per i quali invece opera appunto l'efficacia di precedente e non quella di giudicato (e la distinzione dei due tipi di ipotesi può presentare non lievi difficoltà). In parte, ciò vale anche nei casi in cui il ricorso ha carattere preventivo (come in Francia, ai sensi della Costituzione del 1958), ove l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità del progetto di legge approvato determina la non promulgabilità di esso, ma non è affatto escluso che la decisione assuma efficacia di precedente in relazione a casi analoghi. E' da notare, tuttavia, che la dottrina francese denomina anche questa efficacia come efficacia di giudicato, sulla base di quanto dispone l'articolo 62, comma 2, della Costituzione del 1958, per il quale "*les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun*

²³ Cfr. Pizzorusso, A., "Ipotesi di giustizia costituzionale nei trattati istitutivi dell'Unione europea e nel progetto di Trattato-Costituzione", *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 2443 ss.

recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".²⁴ Gli articoli 38-40 della legge spagnola sul *Tribunal constitucional* parla distintamente di effetto di cosa giudicata e di correzione dei precedenti giudiziari (in spagnolo, "*doctrina*") formati sulle leggi ed altre disposizioni sulle quali si sia pronunciato il giudice costituzionale (articolo 40, comma 2). L'articolo 31 della legge tedesca sul *Bundesverfassungsgericht* stabilisce che, nei casi di annullamento di atti normativi, la sentenza ha "forza di legge". Queste varianti influiscono sulla forza normativa della decisione, soprattutto per quanto riguarda l'efficacia delle decisioni di rigetto o delle motivazioni, ma non fanno venir meno la differenza che esiste, dal punto di vista tecnico, tra la cessazione di efficacia realizzata mediante la pubblicazione (del tipo di quelle che determinano l'entrata in vigore degli atti normativi) di un emendamento testuale ed una argomentazione che sia posta a sostegno di una decisione di accoglimento o di rigetto o di inammissibilità di una questione di costituzionalità.

Si inseriscono in questa tradizione anche i casi di "ricorso diretto", che possono essere concepiti come una sorta di azione popolare proponibile da chiunque (o da parte di soggetti pubblici a ciò specificamente deputati), indipendentemente dalla titolarità di un loro specifico diritto che si assuma leso, oppure da parte di chiunque si presenti come titolare di un tale diritto leso. Bisogna tuttavia distinguere i casi in cui il ricorso si dirige contro la legge in quanto tale, da quelli cui si limita a denunciare il danno derivante da un atto o fatto lesivo di un diritto. Nei casi di quest'ultimo tipo, infatti, l'estensione della questione alla costituzionalità della legge può essere oggetto di un'ulteriore fase processuale (come avviene in Spagna, nei casi di *amparo* indirettamente rivolti contro leggi). Ipotesi di questo genere sono previste, oltre che da alcune costituzioni statali, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'analoga Convenzione interamericana, ma con riferimento a queste ultime si deve ovviamente distinguere l'efficacia che la sentenza della Corte può determinare nei rapporti di diritto internazionale da quelli che essa può determinare nei rapporti fonda-

²⁴ Cfr. Favoreu, L. Philip. L., *Les grands arrêts du Conseil constitutionnel*, 13 edizione, Paris, Dalloz, 2005, pp. 156 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. In argomento, cfr. anche Pizzorusso, A. et al., "Les effets des décisions du juge constitutionnel", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, pp. 11 ss.

ti sul diritto statale Anche in casi di questo genere è certamente prospettabile una distinzione fra l'efficacia di giudicato e l'efficacia di precedente delle eventuali decisioni internazionali che accertino violazioni dei diritti fondamentali ma, per quanto riguarda la leggi, l'efficacia delle sentenze internazionali non può certamente essere quella propria di una sentenza di annullamento.

A parte queste distinzioni, pare indubbio che la struttura della sentenza che dichiara l'incostituzionalità di una legge in accoglimento di un ricorso diretto proposto nei confronti di essa presenta delle caratteristiche che la rendono molto diversa da quella adottata in vista della decisione di una controversia in fini della decisione della quale la questione di costituzionalità della legge debba essere decisa. Il sistema di controllo attuato in questi casi risulta infatti accentrato, costitutivo, principale. Nella maggior parte dei casi, il controllo eseguito su ricorso diretto ha carattere astratto, in quanto non si richiede la denuncia di una specifica violazione di un diritto fondamentale del ricorrente. Ove tale condizione sia richiesta, invece, la questione ha carattere concreto e il regime della sua efficacia si avvicina per taluni aspetti a quello delle decisioni incidentali.²⁵

Molti dei sistemi di controllo di costituzionalità attualmente funzionanti, tuttavia, adottano entrambi i tipi di controllo, dando luogo a sistemi "misti" o a sistemi "duali". Nel caso dei sistemi misti, generalmente si conserva il carattere accentrato del controllo e si ricorre ad alcuni adattamenti che consentono di salvaguardare al tempo stesso il suo carattere incidentale. Nei sistemi duali, invece, i due controlli si svolgono indipendentemente e si tratta soltanto di coordinare le norme sugli effetti delle decisioni di accoglimento.

Il coordinamento del carattere accentrato e del carattere incidentale del controllo che contraddistingue i sistemi misti viene generalmente realizzato distinguendo la fase della proposizione della questione da quella della decisione di essa. La prima si svolge nell'ambito del processo in corso dinanzi al giudice la cui decisione è "pregiudicata" dalla questione di costituzionalità e si conclude con una pronuncia con la quale questo giudice investe il giudice centralizzato (di solito, denominato "corte costituzionale") della questione stessa. Si hanno, nei differenti paesi che applicano questo sistema, alcune varianti di procedura o di condizioni di

²⁵ Cfr. Pizzorusso, A., "La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto", *Fundamentos*, n. 4, 2006, pp. 237 ss.

proponibilità sulle quali non è qui il caso di soffermarsi. Se la questione è correttamente proposta, si apre la fase dinanzi alla corte costituzionale, anch'essa regolata con qualche variante nei diversi ordinamenti, conclusa dalla decisione. Il processo *a quo* riprende poi davanti al suo giudice per la decisione della domanda "principale".

In questi casi sono da distinguere gli effetti che la sentenza della corte costituzionale produce nel giudizio *a quo* da quelli che essa produce in altri giudizi o nell'ordinamento considerato nel suo insieme. In proposito la regola adottata in Italia è diversa da quella adottata in altri paesi. L'articolo 136 della Costituzione italiana disciplina infatti soltanto l'ipotesi delle sentenze di accoglimento e stabilisce che "la norma [dichiarata incostituzionale] cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", impiegando cioè, con riferimento a questo atto la stessa tecnica generalmente applicata (quanto meno negli ordinamenti di *civil law*) per regolare l'entrata in vigore, la modificazione testuale o l'abrogazione degli atti normativi, a cominciare dalla legge. Questo effetto è palesemente un effetto *erga omnes* come quello della legge e degli altri atti normativi soggetti a pubblicazione nelle forme previste per la legge. Non è il caso di occuparsi qui dei problemi di efficacia nel tempo che questa disposizione ha determinato e che sono simili (anche se non identici) a quelli ampiamente studiati con riferimento alla retroattività della legge.

E' invece il caso di accennare sommariamente ad una serie di questioni che si sono poste circa l'estensibilità di tale efficacia alle statuizioni, eventualmente contenute nella sentenza, che non si limitino ad applicare tecniche come quella della modificazione testuale stabilita nel dispositivo della sentenza, ma facciano uso di tecniche più complicate, come quelle che implicano la scomposizione della portata normativa della disposizione censurata, individuando la parte di essa che determina il vizio d'incostituzionalità al fine di separarla dalla parte residua che la sentenza non intende colpire (operazione questa che può risultare da una formulazione più complessa del dispositivo, ma anche da un rinvio, esplicito o tacito, alla motivazione), oppure la modificazione che è indispensabile (a "rime obbligate") arrecare al testo della legge per eliminare tale vizio, aggiungendo o sostituendo alcune parole. Posto che la prassi della Corte costituzionale si è orientata nel senso di ritenere ammissibili tali tipi di decisioni, deve ritenersi che l'efficacia *erga omnes* di cui all'articolo 136 predetto assista anche queste ulteriori determinazioni, quand'anche esse non risultino esplicitamente dal dispositivo, ma dalla motivazione della

sentenza, a da argomentazioni comunque fondate su di essa? La risposta data dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane è stata fondamentalmente affermativa, anche se le difficoltà non sono certamente mancate quando si è trattato di dare applicazione alle sentenze di accoglimento che presentano questi caratteri e con riferimento alle quali si parla di sentenze “manipolative”, “additive”, “sostitutive”, ecc.²⁶ E’ anche da ricordare che l’articolo 136 riguarda soltanto le sentenze di accoglimento (nella parte in cui dichiarano l’incostituzionalità di una o più norme legislative) e non anche le sentenze di rigetto o d’inammissibilità (o le parti di sentenza che sono così qualificabili). E per tutte le sentenze (o parti di sentenze) alle quali non si applica l’articolo 136, Costituzione, la regola da applicare per determinarne l’efficacia deve essere ricercata partendo dal principio che la decisione della Corte costituzionale, ancorché pronunciata in una fase del giudizio che non si svolge davanti al giudice di esso, bensì, appunto, davanti alla Corte costituzionale, ha la stessa efficacia delle sentenze pronunciate nel corso di tale giudizio, cioè, di regola, l’efficacia stabilita dall’articolo 2909 del codice civile.²⁷ Ciò consente alla Corte costituzionale italiana di riesaminare illimitatamente le questioni dichiarate infondate o inammissibili, salva la loro efficacia di precedente che la induce, per lo più, a dichiarare inammissibili tali questioni ove siano riproposte, in relazione ad altri giudizi *a quibus* senza addurre nuovi argomenti. Naturalmente, la limitazione dell’efficacia di giudicato a quanto stabilisce l’articolo 136, Cost., non significa che anche le altre pronunce della Corte non esercitino un’efficacia di precedente, più o meno intensa a seconda delle circostanze.

Il modello “duale” trova applicazione soprattutto nell’ordinamento peruviano, secondo la lettura che ne offre il costituzionalista Belaunde.²⁸

²⁶ Cfr. Pizzorusso, A., “Le sentenze normative delle corti costituzionali”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, 2000, pp. 25 ss.

²⁷ L’articolo 2909 del codice civile italiano stabilisce che “l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa” (quindi non *erga omnes*).

²⁸ García Belaunde, D., *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú*, relazione presentata al primo seminario latinoamericano di giustizia costituzionale, svoltosi a Santiago del Cile nei giorni 26-30 ottobre 1987, riprodotto in *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, UNSA, 1996, pp. 109 ss., specialmente p. 116; *id.*, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La Ley* (Buenos Aires), 16 ottobre 1998, riprodotto in *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 129 ss.; *id.*, “La jurisdicción constitucional en Perú”, in García Belaunde, D. e Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 827 ss., specialmente p. 837.

La soluzione peruviana,²⁹ in effetti, non stabilisce alcun tipo di collegamento fra le due procedure e consente che esse si sviluppino in modo del tutto separato (“in parallelo”, secondo la formula di Belaunde), ciascuna con gli effetti che sono potenzialmente suoi propri.

Il problema non si pone evidentemente nei casi in cui il giudizio accentrato si sia concluso con una decisione di incostituzionalità, la quale abbia efficacia *erga omnes* (articolo 204, Costituzione del Peru); né nei casi in cui esso si sia concluso con una decisione di infondatezza della questione, che pure esclude un riesame incidentale di essa (articolo VI comma 2, *Código Procesal Constitucional*); il problema si pone invece nei casi in cui la questione che dovrebbe essere esaminata in via diffusa è stata ritenuta fondata dal *Tribunal*, ma non ha effetti (di giudicato) nel giudizio in corso a causa dell’esclusione degli effetti retroattivi della pronuncia (articolo 204 comma 2, Costituzione).³⁰

In tal caso non pare, comunque, che possa dedursi dalla decisione di accoglimento non retroattiva un effetto vincolante negativo del tipo di quello che sarebbe proprio di una decisione di rigetto e che in ogni caso di questo tipo ciascun giudice ordinario debba decidere la questione come se essa non avesse mai costituito oggetto di un ricorso diretto al *Tribunal*. Una decisione che dichiara fondata una questione di costituzionalità con effetti limitati nel tempo non può essere considerata come una decisione di accoglimento con riferimento al periodo cui essa si applica e di rigetto con riferimento al periodo cui essa non si applica. Con riferimento a quest’ultimo periodo essa è soltanto una non-decisione, priva di effetti di giudicato di qualsivoglia genere.

Il problema che si pone, tuttavia, è se tale decisione non possa determinare però un effetto di precedente —eventualmente vincolante ex articolo VII, *Código Procesal Constitucional*— nel senso dell’incostituzionalità.

²⁹ Su altre soluzioni adottate in America latina che presentano qualche elemento di interesse da questo punto di vista, *cfr.* Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, *ibidem*, pp. 136 e ss.; *id.*, *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado*, relazione presentata alle seconde giornate di diritto processuale costituzionale, svoltesi a Santiago del Cile nei giorni 24-26 aprile 1991, in *La Constitución en el péndulo*, *ibidem*, pp. 161 e ss., specialmente pp. 166 ss.

³⁰ Qualche spunto argomentativo potrebbe del resto ricavarsi forse dalle due eccezioni al regime di irretroattività, che riguardano le decisioni di incostituzionalità di norme penali e quelle relative a norme tributarie (Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, *ibidem*, p. 34).

La risposta da dare deve tuttavia tenere presente la fondamentale differenza che esiste fra efficacia di precedente ed efficacia di giudicato. Mentre quest'ultima, ha la struttura che è generalmente propria dei precetti legislativi, i quali si distaccano dai motivi che li hanno determinati (i quali pertanto possono fungere al massimo da strumento di interpretazione della statuizione in cui si concretano), l'efficacia di precedente, che è legata alla *ratio decidendi* —e non al dispositivo— della pronuncia, dipende dai presupposti logici della decisione di cui trattasi e quindi non dall'articolo 204 comma 1, Costituzione del Peru, ma dal ragionamento svolto per pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità. Se questo ragionamento è riferibile anche a fattispecie localizzate temporalmente fuori dall'ambito di efficacia di giudicato della pronuncia, ciò non esclude, ma nemmeno assicura, che si possa ritenere operante l'efficacia di precedente della dichiarazione d'incostituzionalità. La risposta da dare dipende quindi dalla concreta argomentazione che sorregge la pronuncia del *Tribunal*, e se questa è riferibile al periodo di tempo nel quale va localizzata la fattispecie su cui si deve pronunciare il giudice diffuso, nulla esclude che possa ritenersi estensibile ad essa.

In sostanza, ciò significherebbe rendere applicabile al diritto peruviano la celebre giurisprudenza americana iniziata col caso *Linkletter*³¹ che, come è noto consentì alla Corte suprema USA di derogare al principio della retroattività dei propri precedenti. Invece, non viene qui in considerazione l'esempio fornito dall'art.140 della Costituzione austriaca, che stabilisce l'efficacia non retroattiva delle decisioni d'incostituzionalità del *Verfassungsgerichtshof*, salva la facoltà di questo di differire tale efficacia fino ad un massimo di diciotto mesi. Una difficoltà potrebbe semmai derivare dalla regola stabilita dal *Código*, che parla di precedente vincolante. Ma questa espressione forse non è da prendere proprio alla lettera; essa sembra stabilire una qualificazione del precedente del tipo di quelle che usano gli americani quando parlano di precedente "forte" o usano altre simili espressioni senza con ciò negare il valore fondamentalmente persuasivo del precedente.

Ove si accetti questa interpretazione, il modello "parallelo" peruviano potrebbe fornire una soluzione originale al problema dell'efficacia nel tempo delle decisioni di incostituzionalità, che indubbiamente costituisce

³¹ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629 (1965).

una delle maggiori difficoltà pratiche, sia per i sistema di controllo diffuso, sia per i sistemi accentrati. Consentendo all'efficacia di precedente di spiegarsi —se del caso— anche oltre l'efficacia di giudicato della sentenza, tale soluzione consentirebbe di risolvere il problema degli effetti retroattivi delle decisioni collegate ad un preciso dispositivo, subordinandoli però alla maggiore duttilità degli effetti di precedente. L'efficacia di precedente nel senso dell'incostituzionalità opererebbe infatti soltanto in quanto la questione sia ancora proponibile nell'ambito di un qualunque processo, per cui questa efficacia incontrerebbe comunque il limite che la dottrina italiana chiama dei “rapporti esauriti”.³² Conseguentemente, questi effetti risulterebbe circoscrivibili —meglio di quelli di giudicato— attraverso argomentazioni fondate sulle particolarità del caso, in ossequio al carattere concreto della valutazione di incostituzionalità.

V. SENTENZE NORMATIVE E *SOFT LAW*

Dalle considerazioni svolte emerge chiaramente come l'applicazione di non poche della forma di giustizia costituzionale che sono state introdotte negli ordinamenti di *civil law* hanno determinato l'applicazione in essi di tecniche del tipo di quelle che, negli ordinamenti di *common law*, sono normalmente usate per disciplinare l'effetto di precedente, che in essi costituisce una delle forme di produzione normativa generalmente inclusa nella configurazione del sistema delle fonti del diritto seguita dalla dottrina giuridica di questi paesi.

Per contro, l'applicazione ad atti normativi (e più specificamente ad atti legislativi), in paesi di *common law*, della tecnica propria delle sentenze di annullamento che erano state inizialmente sperimentate soprattutto nei paesi di *civil law* (nei quali la “giustizia amministrativa” si è sviluppata come separata e distinta dalla giurisdizione ordinaria) hanno comportato l'applicazione di tecniche del tipo di quelle generalmente impiegate per determinare gli effetti delle sentenze che modificano l'ordinamento giuridico dello Stato.

Come già si è segnalato, inoltre, alle vicende di questo tipo che sono derivate dallo sviluppo, in ogni parte del mondo, di forme di giustizia

³² Cfr., da ultimo, Malfatti, E. et al., *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 140 ss.

costituzionale, si sono aggiunte le esperienze compiute nell'ambito dell'Unione europea, ove giuristi di *common law* e giuristi di *civil law* si sono trovati a lavorare insieme sulla base di un ordinamento che applica insieme tecniche dell'uno e dell'altro tipo e che in vario modo trova applicazione anche negli ordinamenti degli stati membri, indifferentemente dal fatto che, dal punto di vista culturale, essi appartengano all'uno o all'altro sistema giuridico.

Infine, è da tenere presente come la distinzione fra *soft law* e *hard law*, impiegata inizialmente soprattutto nell'ambito del diritto internazionale, si sia venuta diffondendo anche con riferimento agli ordinamenti statali o di organizzazioni internazionali, e come la nozione di *soft law* abbia trovato, nell'ambito degli ordinamenti statali, notevoli punti di contatto con il diritto prodotto dai precedenti giudiziari, soprattutto ove questi siano ritenuti dotati di una forza persuasiva, secondo la concezione affermata negli Stati Uniti ed ormai prevalente in tutto il mondo sulla concezione del precedente assolutamente vincolante proprio della tradizione inglese.³³

Se colleghiamo queste diverse indicazioni, possiamo concludere che è in corso un considerevole avvicinamento fra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, in virtù della quale la grande maggioranza degli ordinamenti giuridici (statali o non statali) impiegano al tempo stesso forme di diritto legislativo, fondate sull'autorità di un soggetto politico che si avvale degli strumenti propri dell'organizzazione costituzionale degli stati per imporre coercitivamente l'applicazione di atti normativi del genere della legge a coloro che si trovano soggetti alla sua sovranità e forme di diritto giurisprudenziale, fondate sull'autorità culturale che, fin dai tempi dell'antica Roma, i giuristi hanno sempre esercitato in vista delle decisioni sulle quali influisce quel complesso di principi e di regole che costituiscono il "diritto".

Nei sistemi democratici, alle tecniche di formazione degli atti normativi utilizzate dagli organi rappresentativi deve indubbiamente essere riservata l'ultima parola, sicché questo per lo più risulta stabilito da norme costituzionali scritte o comunque accettate come disciplina della materia delle fonti del diritto. Ma ciò non significa che l'influenza culturale dei giuristi non debba anche in questi casi svilupparsi nelle forme appropriate.

³³ Cfr. Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 127 ss.

La differenza sta ovviamente in ciò che le vie della democrazia devono tendere alla determinazione dei fini dell'azione dei pubblici poteri ed alla determinazione delle scelte da adottare di conseguenza, mentre le vie del diritto tendono soltanto all'individuazione delle soluzioni da adottare in corretta applicazione di tali scelte e delle procedure da seguire per realizzarle. Ma spetta altresì al diritto ed ai suoi operatori assicurare il rispetto delle garanzie del corretto uso delle procedure volte alla determinazione dei fini da perseguire ed alla loro realizzazione.

BASE CONSTITUCIONAL DE LA FUERZA VINCULANTE DE LA RAZÓN DE LA DECISIÓN EN LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Jorge ASBUN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación al tema*. III. *Bases constitucionales*. IV. *El contenido vinculante de las resoluciones constitucionales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más importantes en la jurisdicción constitucional es el referido a la fuerza vinculante de la razón de la decisión de las sentencias, denominado también precedente vinculante y, es que dicho componente materializa el carácter superior de la Constitución, permite concretizar el principio de igualdad, tiene un sentido unificador y evita la discrecionalidad de los juzgadores y autoridades, generando así mayor seguridad jurídica en la vida en sociedad.

A pesar de ello, es un concepto sobre el que existen marcadas divergencias, pues por un lado están quienes expresamente niegan su existencia, alegando —entre otras razones— que ello significaría una limitación a la libertad o independencia de los jueces y la alteración de las fuentes tradicionales de creación del derecho; y por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia constitucional tienen criterios dispares sobre algunos aspectos, puede citarse a manera de ejemplo, que no hay acuerdo sobre cuál es su base constitucional, cuál es la parte de la sentencia que posee fuerza vinculante, si es necesario que una ley o la propia jurisprudencia constitucional reconozca expresamente dicha naturaleza y otros aspectos rela-

* Profesor de Derecho constitucional en Bolivia.

cionados. Por cuestiones de espacio y naturalmente de importancia, aquí se pretende analizar la base que en el orden constitucional boliviano sustenta el efecto vinculante de las sentencias constitucionales e identificar la parte de la misma, que tiene esa cualidad y sus efectos.

II. APROXIMACIÓN AL TEMA

En la doctrina, cuando se aborda el estudio del efecto vinculante de las resoluciones constitucionales, se encuentran afirmaciones como las expresadas por Francisco Caamaño Domínguez y otros,¹ en su obra *Jurisdicción y procesos constitucionales*, en el punto 22, titulado “La vinculación de los poderes públicos”, refiere como base del efecto vinculante, el artículo 164, inciso 1, de la Constitución Española, que afirma:

Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

El autor cita luego las normas que desarrollan dicho contenido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el artículo 5o., inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para concluir afirmando que ha quedado “...claro que la vinculación de los tribunales se refiere a las resoluciones recaídas en todo tipo de procesos”. Sin embargo, inmediatamente añade “...parece indiscutible que también la doctrina sentada en las sentencias de amparo vinculan a los poderes públicos”, concluyendo textualmente: “Esto es especialmente claro en aquellos supuestos en que el tribunal, para decidir la vulneración del derecho fundamental invocado, debe examinar la posible inconstitucionalidad de una norma o de la interpretación que de la misma realizan los órganos judiciales”. Es decir, inicialmente expresó que el efecto vinculante es un componente de las sentencias constitucionales emitidas en todo tipo de proceso, pero luego circunscribe únicamente a los procesos referidos al control norma-

¹ Caamaño Domínguez, Francisco *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 151 y 152.

tivo o en su caso a las acciones tutelares en las que eventualmente se considere la constitucionalidad o no de una determinada norma, reduciendo así el carácter vinculante únicamente a las sentencias referidas al control de normas.

En la misma línea de razonamiento, Edson Nelson Ubaldo,² afirmó que en Brasil, solamente a partir de la enmienda constitucional núm. 3, del 16 de marzo del 1993, el efecto vinculante fue incorporado al ordenamiento jurídico de ese país; la norma en cuestión expresa: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Como se observa, en lo principal, esta norma únicamente se refiere al recurso de inconstitucionalidad, denominado en Brasil “Acción declaratoria de constitucionalidad” y no a todos los procesos relacionados con la defensa y protección de la Constitución Política del Estado; accesorariamente hay que advertir, que reconoce el “efeito vinculante” solamente sobre los ámbitos judicial y ejecutivo, no así sobre el legislativo.

En el caso del Ecuador, Osvaldo Cevallos Bueno ha sostenido: “...el carácter vinculante se desprende, en cierto modo, del artículo 278 de la Constitución Política del Estado...”,³ norma que textualmente refiere: “La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el registro oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno”.

Esta norma, al igual que los artículos citados de la Constitución Española y brasilera, únicamente está referida al control normativo de constitucionalidad y por tanto, no es aplicable a todos los procesos encargados al tribunal constitucional de ese país.

En Bolivia, no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia —conforme lo acredita la sentencia constitucional núm. 58/2002-RII del 8 de

² Nelson Ubaldo, Edson, “Efectos vinculantes de las sentencias constitucionales”, *Justicia constitucional y Estado de derecho*, memoria núm. 8, Sucre, Tribunal Constitucional, 2004, p. 243.

³ Cevallos Bueno, Osvaldo, “Vinculatoriedad de las sentencias constitucionales y su incidencia en el Estado de derecho”, *Justicia constitucional y Estado de derecho*, *ibidem*, 2004, p. 252.

julio de 2002—entendió al igual que los precedentes doctrinales citados, que el efecto vinculante de la razón de decisión de las sentencias constitucionales se halla establecido en el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado y fue desarrollado por el inciso I, del artículo 44 de la Ley 1836; textualmente se expresó en dicha resolución:

Respecto a la vinculatoriedad de las autoridades judiciales, se da en situaciones similares, de las *ratio decidendi* o fundamentos que son decisivos y relevantes del fallo, por constituir el precedente vinculante y la base de la decisión. Todo en el marco de lo dispuesto por el artículo 121-II de la Constitución Política del Estado, norma suprema con la que concuerda la previsión contenida en el artículo 44-I de la Ley del Tribunal Constitucional.

Si bien, en esta sentencia se precisa que la vinculatoriedad está relacionada con razón de la decisión de una sentencia, aspecto que efectivamente es así, sin embargo, interesa destacar aquí la base constitucional y normativa que utiliza para llegar a esa conclusión: la previsión del artículo 121, inciso II de la Constitución Política del Estado y el inciso I del artículo 44 de la Ley 1836; el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado, expresa textualmente:

La sentencia que declara 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. La sentencia que se refiera a un derecho subjetivo controvertido, se limitará a declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

El inciso I del artículo 44 de la Ley 1836 expresa: “Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del tribunal constitucional, son obligatorias y vinculantes para los Poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales”.

Si se analizan estos dos artículos en relación al efecto vinculante de las resoluciones constitucionales, se constata que el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado se inicia con la siguiente afirmación: “La sentencia que declara la inconstitucionalidad...”, ello implica que el artículo en cuestión se refiere únicamente al proceso de control normativo de constitucionalidad de normas o recurso de inconstitucionalidad,

previsto en el artículo 120, inciso I, de la misma Constitución Política del Estado, y no a todos los procesos cuyo conocimiento corresponde al tribunal Constitucional. Luego, hay que observar que dicha norma, al disponer que la sentencia "...hace inaplicable la norma impugnada y surte plenos efectos respecto a todos", se esta refiriendo exclusivamente a la parte resolutive de aquella, porque dispone que la norma impugnada contraria a la Constitución Política del Estado se vuelve "inaplicable". En realidad, el artículo 120, inciso I, de la Constitución Política del Estado, establece el efecto *erga omnes* o alcance general que poseen las sentencias que resuelven recursos de inconstitucionalidad, por lo tanto el artículo referido no esta relacionado ni regula la razón de la decisión de una resolución constitucional. La necesidad de que la propia Constitución Política del Estado asigne efecto general a la parte resolutive de las sentencias que resuelven recursos de inconstitucionalidad, se explica, entre otras, por las siguientes razones: por el modelo de control constitucional concentrado, incorporado en Bolivia a partir de la reforma constitucional de 1994 y, porque el recurso de inconstitucionalidad, sirve para impugnar normas de carácter general, de modo tal que si se constata que la misma no guarda armonía con la Constitución Política del Estado, el tribunal deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que la norma deja de tener efecto alguno. Es posible concluir entonces, que el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado no constituye la base del efecto vinculante de las resoluciones constitucionales.

En lo que concierne al inciso I del artículo 44 de la Ley 1836, el primer párrafo expresa que los "...poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones..." (del tribunal constitucional), previsión que reitera o desarrolla el efecto coercitivo que poseen las determinaciones de todas las autoridades públicas, ya que en el área judicial, la competencia que le permite a un determinado juez resolver una controversia, también le atribuye la potestad para ordenar su cumplimiento, tanto por parte del resto de las autoridades públicas como de los ciudadanos. En consecuencia, puede afirmarse que el artículo 44, inciso I, de la Ley 1836 reitera el contenido del artículo 116, inciso III, de la Constitución Política del Estado, que dispone: "...corresponde a los jueces la facultad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado" y desde allí, no es posible obtener una relación con el efecto vinculante de las resoluciones constitucionales.

En el segundo párrafo, el inciso I del artículo 44 de la Ley 1836 expresa que los efectos de las resoluciones del tribunal constitucional son

“obligatorias y vinculantes” esto es, sin realizar ninguna distinción entre ambos términos y menos explicar ni precisar las partes de la sentencia constitucional que poseen dicha cualidad, atribuye de modo general la calidad de obligatoria y vinculante a las mismas; es más, el término obligatorio precede al término vinculante. Si, atendiendo a la presentación formal del artículo, se pretende encontrar una relación de su contenido que permita aplicarlo a dos partes distintas de la sentencia y se traslada formalmente esa secuencia a la estructura de ésta, se tendría que la razón de la decisión es obligatoria y que la parte resolutive sería vinculante, lo cual resulta contrario a la previsión constitucional anteriormente analizada que asignó carácter general y obligatorio —no vinculante— a la parte resolutive de la sentencia emitida en recursos de inconstitucionalidad. Manteniendo esa falta de precisión técnica en este segundo párrafo, el artículo 44 de la Ley 1836 en análisis, concluye señalando los sujetos que están alcanzados por esos efectos: los “poderes del Estado, legisladores, autoridades y tribunales”. A pesar que es fácil comprender que dentro de la expresión “poderes del Estado” se encuentran tanto las autoridades legislativas, ejecutivas como judiciales, en la norma citada se utiliza el término autoridades para referirse únicamente a los miembros del Poder Ejecutivo, ello muestra la falta de precisión en la terminología de dicho artículo.⁴

Es evidente de todo lo expuesto, que el carácter vinculante de la razón de la decisión de las sentencias constitucionales no emerge del artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado, y si realizando una interpretación extremadamente flexible se considera que el mismo tiene su origen en el artículo 44, inciso I, de la Ley 1836, ello únicamente le

⁴ El Tribunal Constitucional, en la propuesta de reformas a la Constitución elaborada en el 2005, para su consideración por la Asamblea Constituyente, expresó: “La norma prevista por el artículo 121.IV de la Constitución dispone que la ley reglamentará la organización y funcionamiento del tribunal constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y su procedimiento”. En ese marco, el legislador ha desarrollado las normas previstas por los artículos 116.IV y 119.I de la Constitución, la primera, que asigna al tribunal constitucional la potestad de control de constitucionalidad y la segunda, que consagra la independencia del tribunal constitucional en el ejercicio de su función jurisdiccional. En consecuencia, el legislador ha cumplido con el mandato constitucional al establecer, a través de las normas del artículo 44 de la Ley 1836, la vinculatoriedad y obligatoriedad de la doctrina constitucional creada a través de la interpretación y consignada en la jurisprudencia constitucional. *El Tribunal Constitucional ante la Asamblea Constituyente*, Sucre, Tribunal Constitucional, 2005, p. 78.

otorgaría rango legal y entonces bastaría modificar éste artículo para cambiar el efecto vinculante de las sentencias constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia, justamente a partir del entendimiento expuesto, presentó un proyecto de Ley modificatorio del inciso I del artículo 44 de la ley 1836; el contenido propuesto expresaba:

Artículo 44. Vinculación y coordinación:

I. Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional son obligatorias y su efecto vinculante está limitado a lo dispuesto por el artículo 121-II) de la Constitución Política del Estado.⁵

La propuesta, como se observa, aspiraba a que los efectos vinculantes de la resolución constitucional se limiten a lo dispuesto por el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado, sin embargo, como se analizó, este artículo únicamente está referido al recurso de inconstitucionalidad, por lo que el proyecto de ley presentado por la Corte Suprema de Justicia, al pretender asignar el carácter vinculante únicamente a las demandas de inconstitucionalidad a las que se refiere el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado, confundía dos aspectos totalmente diferentes: la razón de la decisión, que esta presente en todas las sentencias y que posee efecto vinculante, y el otro denominado resolución y el contenido resolutivo, que efectivamente puede o no tener efectos generales (en las sentencias emitidas en el ámbito del control normativo la resolución si tienen efecto *erga omnes* o efecto general, mientras que si la sentencia se origina en un derecho subjetivo controvertido, la parte resolutive únicamente tiene efectos *inter partes* o entre las partes). La incorrecta comprensión del sentido del artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado es frecuente; así, por ejemplo, Carlos Bohrt Irahola expresó:

Resulta incuestionable... la falta de correspondencia entre la constitución y la ley orgánica. Mientras la primera (esto es, el artículo 121, inciso II, de la Constitución Política del Estado) otorga fuerza vinculante genérica sólo

⁵ El proyecto de ley y todo el debate que generó el mismo se encuentra contenido en la revista *Diálogo Jurídico*, Sucre, enero de 2004.

a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, decretos o resoluciones no judiciales, la ley 1836, por el contrario, reconoce esa fuerza a todas las resoluciones del Tribunal...⁶

III. BASES CONSTITUCIONALES

Como bien ha señalado el Tribunal Constitucional español, al describir la Constitución, ésta “...es una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política e informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”.⁷

La Constitución Política del Estado es ante todo una norma jurídica, pero a diferencia del resto de las normas, no solo tiene valor superior, sino que fija los valores, principios y derechos que son los fines de la convivencia, además su contenido puede ser exigidos directamente y para ello está protegido jurisdiccionalmente, en lo formal es un todo orgánico, su contenido guarda unidad y en definitiva, el resto del ordenamiento jurídico, así como los actos de las autoridades y de las personas privadas, deben ser conformes a la misma.

Estos contenidos que se relacionan estrictamente con el tema de estudio, se encuentra expresamente consignados en los artículos 1o., inciso II, 6 inciso I, 120, inciso IV, 228 y 229 de la Constitución Política del Estado, los cuales ordenados conforme al objeto de estudio, permiten las siguientes conclusiones:

El artículo 1o., inciso II, de la Constitución Política del Estado, expresa que Bolivia: “Es un Estado social y democrático de derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia”. Y en concordancia con este contenido, el artículo 6o., inciso I, determina que las personas: “Gozan de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera”. Existen además en la Consti-

⁶ *Reingeniería constitucional en Bolivia*, La Paz, Fundemos, 2005, t. II, p. 183; y en el mismo sentido, Escobar H., Víctor Hugo, *Justicia ordinaria vs. justicia constitucional*, Cochabamba, 2004, p. 49.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/81 del 31 de marzo 1981, Madrid, Secretaría General Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, 1985, t. I, p. 145.

tución, otras referencias expresas al principio de igualdad. El que se consigne la igualdad como valor supremo del ordenamiento, importa que la interpretación y la aplicación del orden jurídico que realicen las autoridades competentes, debe estar orientado a la consecución o materialización de la misma, dado que el ordenamiento jurídico es el mismo para todos; en el terreno práctico, ello obliga a eliminar y proscribir tratos o actos discriminatorios, excluyentes o desiguales sobre los ciudadanos que se encuentren en condiciones idénticas.

El artículo 228 de la Constitución Política del Estado señala: “La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”. En este contenido destacan los siguientes componentes: la afirmación de la misma como “ley suprema del ordenamiento”, es decir, como norma fundamental y a la vez fundamentadora del orden jurídico, ello significa que su fuerza normativa nutre pero a la vez condiciona al ordenamiento jurídico, de modo tal que este debe guardar armonía y plena unidad con la misma. La implicación instrumental de éste contenido, radica en que ninguna autoridad pública ni persona privada puede realizar un acto —ni material ni procesal— contrario o violatorio de los contenidos constitucionales.

El artículo 229 de la Constitución Política del Estado expresa: “Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento”. Aquí se establece el carácter directamente aplicable de la Constitución Política del Estado o lo que es lo mismo, que esta norma no requiere de la existencia de ninguna otra condición o acto posterior para que los ciudadanos puedan poseer y ejercer los derechos y garantías reconocidos en la misma y por tanto, es posible acudir directamente a la tutela jurisdiccional para repeler una amenaza o lograr la reparación frente a una violación o alteración de los mismos.

El artículo 116, inciso IV, de la Constitución Política del Estado establece: “El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”, instituyendo así un ente determinado: el Tribunal Constitucional, con competencia para prevenir la violación, así como para proteger y lograr el desarrollo de la Constitución Política del Estado; ello implica las siguientes consecuencias jurídicas: *a)* en el plano sustancial, significa

que la interpretación última o definitiva de la Constitución y de los hechos de la realidad cuya protección puede ser otorgada por la jurisdicción constitucional, corresponde al Tribunal Constitucional; b) en el plano funcional, implica que cualquier persona que considere que una autoridad sea judicial, administrativa o legislativa, desconozca o irrespete la razón de la decisión de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, puede recurrir ante esta instancia jurisdiccional a través del proceso correspondiente, advirtiendo dicho incumplimiento y solicitando tutela, situación ante la cual el Tribunal Constitucional deberá anular o revocar dicha decisión, para ajustarla al entendimiento jurisprudencial vigente.

Entonces, en relación al efecto vinculante de las resoluciones constitucionales: primacía de la Constitución, igualdad, control concentrado de constitucionalidad, unidad jurisdiccional y otros principios conexos, obligan a que una nueva resolución, norma o acto que vaya a dictarse, debe respetar la *razón de la decisión* expresada en la sentencia emitida por el tribunal constitucional; porque si se permite aplicar un entendimiento diferente de un derecho o una garantía determinada o se admite que dos situaciones idénticas sean tratadas en forma diferente, se estaría ante la falta total de eficacia del orden constitucional, lo que supondría no solo la falta de unidad del ordenamiento sino un trato desigual, cuando la eficacia directa, igualdad y unidad, constituyen valores expresos del orden constitucional. Se constata así que el efecto vinculante de las sentencias constitucionales, está presente siempre, obviamente en aquellas que abordan por primera vez algún contenido de la Constitución Política del Estado o fijan un entendimiento diferente que sus precedentes; y así queda expresado tanto por razones fundamentales: supremacía de la Constitución, igualdad, control concentrado, como operativas: la persona afectada por una resolución de cualquier autoridad pública que no respete la razón de la decisión expresada por en una sentencia constitucional, puede acudir al tribunal constitucional, para lograr la anulación o reconducción de la misma.

Es decir, que el efecto vinculante de las resoluciones constitucionales, es un componente innato del Estado social y democrático de derecho, incluso con independencia de que un determinado orden jurídico tenga raíz en el *common law* o en el *civil law*.

Entonces ha sido una incorrecta comprensión del orden constitucional, sobre todo el que se produjo respecto de los ordenamientos jurídicos cuya raíz es el *civil law*, que llevó a rechazar inicialmente, para luego admi-

tirla “únicamente en ciertos procesos” el efecto vinculante de la jurisprudencia, ha sido un elemento externo al mismo —la comprensión del intérprete— el que llevó a concluir que las sentencias constitucionales no tenían dicho efecto, alegándose para ello, entre otros criterios: la independencia del juez, la exigencia de que la ley otorgue a la jurisprudencia dicha cualidad, que de admitirse el precedente vinculante significaría que el derecho se volvería estático y que en definitiva la jurisprudencia era una fuente secundaria en la creación del derecho.

Estos razonamientos parten de premisas que dominaban el pensamiento en el siglo XIX, y básicamente de aquél que entendía a la ley como la fuente principal del ordenamiento jurídico, dado el origen democrático del órgano que la emite, su carácter general y su rango superior sobre el resto de las normas jurídicas, y bajo esa percepción se definió también la función de los jueces, quienes debían ser meros aplicadores de la ley o “voces de la ley”; incluso los autores denominados antiformalistas y que se oponían al tradicionalismo de fuentes, como François Gény y otros,⁸ estudiaron el ordenamiento y las fuentes, sin poder despojarse del todo de esa concepción, pues aquella premisa fue el punto de partida.

El análisis de las fuentes en un Estado social y democrático de derecho, únicamente puede iniciarse a partir de reconocer el valor superior y prevalente de los valores, principios y derechos contenidos en la Constitución Política del Estado, ya que esta es mucho más que una regla de creación del derecho y a partir de allí, las razones expuestas por quienes sostienen el tradicionalismo de las fuentes cambia sustancialmente; así, en lo que respecta a la independencia del juez que corrientemente viene expresada en términos afines a la previsión del artículo 116, inciso VI, de la Constitución Política del Estado, que señala: “Los magistrados y jueces son independientes en la administración de justicia y no están sometidos sino a la Constitución y la ley...”, es un contenido que no puede entenderse como libertad de interpretación que permita al juez concluir de forma subjetiva sobre el alcance de los contenidos constitucionales o arribar a conclusiones opuestas en dos situaciones idénticas sometidas a su co-

⁸ En uno de sus razonamientos explicaba “Aún suponiéndola completa y perfecta, no puede la ley por sí sola contener todos los mandatos para satisfacer las necesidades tan concretas de la vida jurídica...”. Véase al respecto el profundo y detallado análisis que dedicó al estudio de esta corriente, López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ediciones Uniandes-Legis, 2000, pp. 137-204.

nocimiento, dado que ello más que una libertad, implicaría una arbitrariedad porque supondría el desconocimiento del carácter superior de la Constitución Política del Estado, del valor igualdad que la misma pregona y del principio de unidad. No se puede obviar que la independencia del juez es un medio instrumental u orgánico, no es un fin en sí mismo y por ello ocupa un rango inferior en los principios constitucionales: como la igualdad, que constituyen uno de los fines de la convivencia civilizada. En un Estado social y democrático de derecho, la igualdad es un contenido ontológico, como se afirma en la propia Constitución Política del Estado, “un valor superior”, de modo que la independencia del juez —como reza el artículo antes referido— importa su ejercicio con “sometimiento a la Constitución” y por tanto, existe para lograr materializar los valores, principios y derechos consignados en la misma.

En lo que concierne a que necesariamente una ley debe establecer el efecto vinculante, como aconteció entre otros casos con la previsión del artículo 4o. de la Ley 169 de 1896 dictada en Colombia, que afirmaba que se necesitaban tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia, sobre un mismo punto de derecho, para que tengan al menos un efecto orientativo sobre el resto de las autoridades, esa comprensión parte —ni duda cabe— de reconocer un valor preferente a la ley, de modo tal que el efecto vinculante solo puede surgir de esta norma, omitiéndose que en cualquier orden constitucional, la ley no puede ir más allá de lo que prevé la Constitución Política del Estado, de allí que la exigencia legal de tres o más sentencias uniformes, debe someterse a verificación, para ver si guarda armonía con aquella; si se constata que no es conforme a la Constitución Política del Estado, habrá que retirarla del ordenamiento, caso contrario significaría devaluar su valor jurídico o entender que la Constitución Política del Estado, es un documento meramente político, que apenas constituye una carta de intenciones para los legisladores, porque en definitiva son estos quienes a través de las leyes, las que establecerán el alcance y efectos de las resoluciones constitucionales, ello justamente es una interpretación decimonónica del ordenamiento que lleva al tradicionalismo de las fuentes. Si, acreditado como está, que las resoluciones constitucionales son vinculantes y no requieren de una ley que reconozca ese aspecto, se puede afirmar entonces que la misma solo puede desarrollar o concretizar dicho contenido constitucional, es decir, no tiene y no puede tener efecto constitutivo del mismo.

Así por ejemplo, cuando la Ley del Tribunal Constitucional federal alemán expresa en su artículo 32, inciso 1: “Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Estados, así como a los tribunales y autoridades”. No hace otra cosa que facilitar la comprensión del efecto vinculante de las sentencias constitucionales, evitando la violación de garantías como el debido proceso y dilaciones indebidas que se producirían si las autoridades judiciales, ejecutivas o legislativas no respetaran la razón de la decisión de las resoluciones constitucionales, pues su incumplimiento obligaría al titular de un derecho subjetivo o interés legítimo a plantear una acción ante el Tribunal Constitucional, para obtener la nulidad o modificación de la determinación que no se ajusta a la línea jurisprudencial constitucional vigente.

En lo que concierne a la exigencia establecida por algunas normas, como por ejemplo, el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional peruano o Ley núm. 28237, que exige al Tribunal Constitucional expresar en cada caso, que parte de la sentencia constituye precedente y el efecto del mismo, las razones expuestas sobre la relación entre el efecto vinculante y la ley, con las matizaciones del caso también son válidas sobre la jurisprudencia y es que la existencia de dicha cualidad no requiere de una calificación o expresión concreta, pues su existencia o inexistencia no puede estar sujeta a la potestad de la ley o voluntad de los magistrados del tribunal constitucional.

En lo que respecta a que, de admitirse el efecto vinculante en las sentencias constitucionales se produciría un adormecimiento del orden jurídico, dado que el resto de las resoluciones deberían repetir la razón de la resolución fundadora de línea, cabe observar qué ese es un cuestionamiento que omite recordar que lo que se exige de la razón de la decisión es firmeza, no inmutabilidad, de modo tal que la jurisprudencia puede cambiar, pero para ello requiere cumplir las exigencias constitucionales de fundamentación, así por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en lo que respecta a las diferencias raciales, inicialmente emitió sentencias que admitían la exclusión, posteriormente una progresiva igualdad y luego, la adopción de medidas de acción positiva para generar igualdad material; en esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional español, expresó:

Lo que el principio de igualdad exige, no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad injustificada en un cambio de que criterio que pueda reconocerse como tal, es decir, como una solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo, y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado.

Y finalmente, en lo que concierne a que, de admitirse que las sentencias constitucionales tengan efecto vinculante, significaría dotarlas de carácter general, impersonal y objetivo, y ponerlas al mismo rango que las leyes e incluso que la propia Constitución Política del Estado, hay que observar que ese cuestionamiento es de carácter eminentemente formal, esto es, alude a la jerarquía de las fuentes del derecho, olvidando que la Constitución Política del Estado es como se ha referido, mucho más que una regla de creación del derecho; y bajo ese entendimiento cabría preguntarse, que si no se reconoce el efecto vinculante a la jurisprudencia constitucional, entonces deberá admitirse que dos ciudadanos que están bajo un mismo orden constitucional y en una misma situación jurídica, obtengan resoluciones dispares, lo que significaría la ineficacia del orden constitucional, la inexistencia de igualdad y el predominio de la voluntad cuando no de la arbitrariedad de los jueces, situación que a nadie escapa, resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de derecho.

IV. EL CONTENIDO VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES

En lo que respecta al contenido vinculante de las resoluciones constitucionales, es preciso destacar dos aspectos, por un lado su significado y por otro la parte de la resolución constitucional que posee dicha cualidad. El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, define vincular, como: “*Atar o fundar algo en otra cosa*”, ello implica entonces que cuando se pretende fundar una resolución en un precedente, se requiere un proceso intelectual o cognición, que permita identificar que el problema que se pretende resolver está relacionado con una determinada razón jurídica de la decisión o es una situación idéntica resuelta anteriormente por el tribunal constitucional.

En lo que concierne a la parte vinculante, es corriente afirmar que son: “...las razones o principios generales de una sentencia (abstraídos de las particularidades del caso)...”⁹ o “...el principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”. O lo que es lo mismo, el “...fundamento normativo directo de la parte resolutive”.¹⁰ En la misma línea: Diego Eduardo López Medina, José Antonio Rivera y Willman Durán, entre otros.¹¹ Este entendimiento, que como se observa es compartido casi de forma general, no deja sin embargo, de ser una concepción abstracta, dado que dentro de ella es posible identificar nítidamente dos contenidos, con efectos también diferentes: el primero de carácter estrictamente jurídico, denominado *razón jurídica de la decisión* o también premisa jurídica, y el segundo denominado *razón fáctica de la decisión* o premisa de hecho, los cuales tienen los siguientes contenidos y caracteres:

La *razón jurídica de la decisión*, el Tribunal Constitucional para aplicar una determinada norma o instituto de la Constitución Política del Estado, debe comprenderlo, armonizarlo y finalmente materializar su contenido abstracto en una regla también general pero aprensible, el mismo que puede afirmarse constituye el núcleo del razonamiento jurídico, de una determinada sentencia, sea que el mismo se origine en un recurso de Amparo Constitucional, *habeas corpus* o *habeas data* o en recursos de control normativo, como el recurso de inconstitucionalidad u otra acción similar. Entonces, el contenido de la Constitución Política del Estado se desarrolla y materializa a través de la jurisprudencia constitucional, es ésta, la que establece un entendimiento normativo más concreto, aunque de carácter general y por tanto, aplicable a todas las situaciones que se relacionan o pueden ser encuadradas en el mismo; a ella se refirió el Tribunal Constitucional en la sentencia constitucional núm. 58/2002-RII del 8 de julio de 2002, cuando expresó: “...la vinculatoriedad de las Sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos que

⁹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁰ López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp. 164 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pp. 147 y ss.; Rivera Santivañez, José Antonio: “Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional”, *Forum 2004*, La Paz, Colegio Nacional de Abogados de Bolivia, 2004 y Durán Ribera, Willman, “La fuerza vinculante de las resoluciones constitucionales del Tribunal Constitucional”, *Memorias del Seminario Internacional de Jurisprudencia*, Sucre, Instituto de la Judicatura, 2003.

sean aplicadores del derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional”.¹²

En cambio, la *razón fáctica de la decisión* constituye el análisis de los hechos, individualizados y concretos, de los condicionamientos temporales, emergentes del proceso que les da origen, el mismo que frecuentemente tiene como punto de partida un derecho, garantía u otro contenido de la Constitución Política del Estado que fue violentado; en definitiva, la identificación de la situación particular sometida a proceso y su correspondiente encuadramiento jurídico, constituye la razón fáctica de la decisión, la misma que únicamente es aplicable y tiene efecto sobre situaciones reales idénticas que se presenten en el futuro. El Tribunal Constitucional expresó sobre este aspecto en el auto constitucional núm. 0004/2005-ECA del 16 de febrero de 2005:

En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional está sujeta a la regla de la analogía, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio.¹³

Estos dos componentes: la razón jurídica y la razón fáctica de la decisión, sostienen en forma conjunta la parte resolutive de una determinada sentencia, constituyen el criterio interpretativo del tribunal, entonces siendo expresión del último o del máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, la misma que es la norma suprema del ordenamiento

¹² En la sentencia constitucional núm. 1781/2004-R del 16 de noviembre de 2004 se expresó: “...habrá de tener presente que el efecto *erga omnes* se genera en la parte resolutive de la sentencia, en cambio el carácter vinculante emerge de la *ratio decidendi* de la sentencia, pues es en esta parte en la que se crean las subreglas que por la doctrina constitucional se convierten en precedentes obligatorios”.

¹³ Este entendimiento se originó en la sentencia constitucional núm. 58/2002-R del 8 de julio de 2002, encontró un mayor desarrollo en la sentencia presente y luego fue reiterado entre otras en la sentencia constitucional núm. 0779/2005-R del 8 de julio de 2005.

jurídico, aquél debe ser aplicado por el propio tribunal y por el resto de jueces y administradores en los términos expuestos en la jurisprudencia constitucional, sea cuando se utiliza la razón de la decisión allí aplicada o cuando se presenta una situación fáctica idéntica. En razón de esa concepción de la razón de la decisión, el expresidente del Tribunal Constitucional de España señaló: “Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación”.¹⁴

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, Luis y PÉREZ TREMPs, Pablo, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- CEVALLOS BUENO, Osvaldo, “Vinculatoriedad de las sentencias constitucionales y su incidencia en el Estado de derecho”, *Justicia constitucional y Estado de derecho*, memoria núm. 8, Sucre, Tribunal Constitucional, 2004.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Dialogo Jurídico*, I/2004”, Sucre, Corte Suprema de Justicia, 2004.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA, *Gaceta Oficial*, La Paz, 2004.
- Diccionario de la Lengua Española*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 2001.
- DURAN RIBERA, Willman, “La fuerza vinculante de las resoluciones constitucionales del Tribunal Constitucional”, *Memorias del Seminario Internacional de Jurisprudencia*, Sucre, Instituto de la Judicatura, 2003.
- ESCOBAR H., Víctor Hugo, *Justicia ordinaria vs. justicia constitucional*, Cochabamba, 2004.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Unian-des-Legis, 2000.
- , *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

¹⁴ Aguiar De Luque, Luis y Pérez Tremps, Pablo, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 18.

NELSON UBALDO, Edson, “Efectos vinculantes de las sentencias constitucionales”, *Justicia constitucional y Estado de derecho*, memoria núm. 8, Sucre, Tribunal Constitucional, 2004, p. 243.

RIVERA, José Antonio, “Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional”, *Forum 2004*, La Paz, Colegio Nacional de Abogados de Bolivia, 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, *El Tribunal Constitucional ante la Asamblea Constituyente*, Sucre, Tribunal Constitucional, 2005.

COMENTARIO A LA TESIS PUBLICADA 78/2004
SOBRE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA
EN EL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ingrid BRENA SESMA*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Tesis derivada de la ejecutoria*. III. *Planteamiento*. IV. *Naturaleza jurídica de la llamada indemnización*. V. *¿Liquidación del régimen de separación de bienes?* VI. *¿Se pueden introducir reformas a los efectos patrimoniales del matrimonio y, por tanto, a los del divorcio? o ¿las alteraciones que se hagan deben ser consideradas como retroactivas?* VII. *¿Pueden las reformas al divorcio establecidas en el artículo 289-bis ser consideradas de interés público?* VIII. *Conclusión*.

I. ANTECEDENTES

El *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XX, publicó en diciembre de 2004 la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la indemnización establecida en el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal vigente a partir del 1o. de junio de 2000, la cual puede reclamarse en todas las demandas de divorcio presentadas a partir de la entrada en vigor, con independencia de que el matrimonio se hubiera celebrado con anterioridad a esa fecha.

La sentencia jurisprudencial viene a resolver las dudas y diferentes interpretaciones que se habían formulado en torno al artículo 289-bis tanto en la doctrina y en el foro. Entre las diferentes interpretaciones, una corriente de

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

opinión sostenía que su aplicación tiene efectos retroactivos cuando se intenta referir a matrimonios contraídos antes de la reforma de junio de 2000.¹ Otra corriente de opinión aceptaba la posibilidad de aplicar el artículo 289-bis a vínculos matrimoniales celebrados antes de la vigencia de la norma, pero sólo en lo que respecta a los bienes adquiridos después de la entrada en vigor de la norma, en cambio si atacara bienes patrimoniales adquiridos durante la vigencia de una norma anterior sería retroactivo.

II. TESIS DERIVADA DE LA EJECUTORIA

Las controversias y desacuerdos llegaron hasta los tribunales, como se puede apreciar en los distintos criterios judiciales sustentados en decisiones de jueces de primera instancia,² quienes sostuvieron la retroactividad del 289-bis; Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,³ tribunales colegiados en materia civil⁴ hasta la sentencia de la Primera

¹ Criterio sustentado por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. “Ahora bien, si el matrimonio fue celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición jurídica en comento y la disolución del vínculo matrimonial se promueve con posterioridad a la iniciación de su vigencia, no podrá demandarse el pago de la indemnización correspondiente, porque esa nueva figura jurídica modifica los efectos del régimen de separación de bienes pactado bajo el imperio de la ley anterior, conforme al cual cada cónyuge conserva la propiedad y administración de sus bienes, aunque llegarán a divorciarse”.

² Juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, quien en su sentencia negó condenar a uno de los cónyuges a pagar la indemnización prevista en el artículo 289-bis. El juez Vigésimo Séptimo de lo Familiar del Distrito Federal resolvió en el mismo sentido.

³ La Tercera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al resolver un recurso de apelación contra la sentencia del juez Trigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, confirmó la determinación del juez y expresó que “no era posible aplicar esta norma (el artículo 289-bis) porque se actualizaría una aplicación retroactiva de la ley...”. “La indemnización en el divorcio”, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 14, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, octubre de 2006, p. 29. En cambio, la Primera Sala Familiar sostuvo que la aplicación del citado precepto no es retroactiva, aún cuando el matrimonio se hubiera contraído con anterior a su entrada en vigor. *Decisiones relevantes...*, *ibidem*, p. 33.

⁴ El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en su sentencia ratificó la decisión de la sala al señalar que la aplicación del artículo 289-bis modifica los efectos del régimen de separación de bienes adoptado al momento de celebrarse el matrimonio. “Decisiones relevantes...”, *ibidem*, p. 29. En sentido contrario, el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito confirmó la resolución

Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolvió la controversia suscitada por las distintas posiciones de los tribunales de circuito en los siguientes términos:

DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA. La aplicación del citado artículo, que prevé que las cónyuges pueden demandar del otro, bajo ciertas condiciones, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que el cónyuge que trabaja fuera del hogar hubiere adquirido durante el matrimonio, no plantea problema alguno desde la perspectiva de la garantía de irretroactividad de la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución federal, cuando la misma se reclama en demandas de divorcio presentadas a partir de a entrada en vigor del mencionado precepto legal, con independencia de que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a esa fecha. El artículo en cuestión constituye una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial que se aplica exclusivamente a las liquidaciones realizadas después de su entrada en vigor y, aunque modifica la regulación del régimen de separación de bienes, no afecta derechos adquiridos de las que se casaran bajo el mismo. Ello es así porque, aunque dicho régimen reconoce a los cónyuges la propiedad y la administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, con sus frutos y acciones, no les confiere un derecho subjetivo definitivo e inamovible a que sus masas patrimoniales se mantengan intactas en el futuro, sino que constituye un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público. Tampoco puede considerarse una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar a inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes. El artículo citado responde al hecho de que, cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares, mediante el trabajo en el hogar, ello le impide dedicar su

emitida por la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en sentido que no existía aplicación retroactiva en los casos de disolución de los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. *Decisiones relevantes...*, *ibidem*, pp. 33 y 34.

trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su actividad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes.⁵

Tesis 1.ah.78/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004.

III. PLANTEAMIENTO

En estos comentarios presento algunos puntos de vista personales que, en ocasiones coinciden con los de la jurisprudencia, pero en otras difieren de la misma. Comienzo por analizar algunos de los términos y conceptos utilizados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sentencia y algunos de los argumentos utilizados por los tribunales de circuito en materia civil, los cuales sirvieron de base para sustentar que aplicación del artículo 289-bis no se considera retroactiva.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la llamada “indemnización” por el legislador y por la Primera Sala de la Corte?, ¿el mencionado artículo 289-bis implica una modificación al régimen patrimonial del matrimonio?, ¿se pueden introducir reformas a los efectos patrimoniales del matrimonio y, por tanto, a los del divorcio? o ¿las alteraciones que se hagan deben ser consideradas como retroactivas? y ¿el artículo 289-bis está protegiendo un interés privado, o por el contrario, está protegiendo un interés de carácter público?

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA INDEMNIZACIÓN

Texto del artículo 289-bis

Artículo 289-bis. En la demanda de divorcio los cónyuges podrán demandar del otro, una *indemnización* de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes,

⁵ Contradicción de tesis 24/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Octavo y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil de Primer Circuito, 3 de septiembre de 2004, unanimidad de cuatro votos, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretario: Roberto Lora Chagoyán.

II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; y

III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

El juez de lo familiar en la sentencia de divorcio, habrá de resolver atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

¿Qué pretendió implantar el legislador al introducir el término “indemnización” en la redacción del 298-bis? Desafortunadamente la escueta exposición de motivos de la reforma de 2000 no deja ver en claro la intención del legislador. ¿Se trató de establecer una “indemnización” en los términos de la ley laboral o se refiere a una indemnización derivada de responsabilidad civil?, ¿es una sanción?, o más bien quiso establecer una compensación o restablecer una equidad económica en las relaciones matrimoniales, al menos cuando el vínculo se disuelve por divorcio.

1. *¿Indemnización por daños y perjuicios o sanción?*

La Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal sostuvo que el mencionado artículo 289-bis “no regula el régimen matrimonial de separación de bienes, sino que introduce una sanción aplicable a quien haya disuelto el matrimonio. Si uno de los cónyuges ha cometido un ilícito debe prevalecer el interés público vinculado con la imposición de una sanción pecuniaria por el ilícito cometido, por encima de la pretensión del consorte culpable de no ver afectado su patrimonio, aun en el caso de que cometa ilícitos”.⁶

Con un argumento sólido, el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil difiere de la interpretación de la Primera Sala en los siguientes términos: “Por último, respecto al argumento del recurrente en el sentido de que lo regulado en el referido artículo es simplemente una indemnización por un acto ilícito, no es admisible pues ello no es necesariamente así en todos los casos, ya que existen hipótesis en las cuales se declara el divorcio y no hay cónyuge culpable ni inocente; más bien opera como una modificación al régimen de separación de bienes”.⁷

⁶ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, p. 33.

⁷ *Ibidem*, p. 31.

En el mismo sentido el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que la aplicación de la indemnización prevista en dicho artículo no constituye una sanción ni una pena asociada a una conducta ilícita de propiedad sobre los bienes adquiridos por éste.⁸

Por último, en la Tesis 1ª/J.78/2004 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “tampoco puede considerarse una sanción cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar la inequidad que pueda producirse...”.

A estos argumento yo añadiría que el artículo 288 del mismo Código Civil destruye el planteamiento de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al expresar: “El cónyuge inocente tiene derecho, además del pago de alimentos, a que el culpable lo indemnice por daños y perjuicios que el divorcio le haya causado... los daños y perjuicios... a que se refiere el presente artículo se rigen por lo dispuesto en este Código para los hechos ilícitos”. Establecida ya la posible la posible responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos derivados del divorcio en este precepto, no tendría porque el artículo 289-bis establecer nuevamente otra indemnización asociada a conductas ilícitas.

2. *¿Compensación?*

Fue hasta que el Décimo Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil intervino cuando se reconoció la calidad de compensación a la mal llamada “indemnización”: “...lo previsto por dicho artículo (289-bis) aplicado al caso en particular, es una compensación al consorte inocente por la dedicación preponderante que tuvo, durante el tiempo que duró el matrimonio, al cuidado del hogar y de los hijos, lo cual le habría impedido tener la oportunidad de adquirir bienes o hacerlo en cuantía notoriamente menor a los de su contraparte”.⁹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia retoma esta idea en su argumentación y reconoce que el régimen de separación de bienes no permite la comunicación entre las masas patrimoniales de los cónyuges,

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ *Ibidem*, p. 35.

lo cual puede ocasionar que se presenten situaciones de inequidad entre ellos en el momento de liquidar el matrimonio. Para paliar esta situación es que se previó en el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal lo que podría llamarse una “compensación económica por razón de trabajo”, que para ser otorgada, debe concurrir una serie de circunstancias expresamente fijadas por la ley que el Juez esta obligado a comprobar antes de tomar una decisión.

En mi concepto no fue muy afortunada la referencia a la compensación como “económica por razón de trabajo”, ya que la relación entre los cónyuges no puede equipararse a la relación laboral. “La naturaleza de las relaciones conyugales no permite suponer la subordinación que debe existir entre empleador y empleado”.¹⁰ “Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales...” establece el artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal. Tampoco podemos referirnos a sueldos u honorarios que un cónyuge pagase a otro, pues en el matrimonio no se cobran retribuciones por los trabajos desempeñados. Toda actividad que un cónyuge realice a favor del otro forma parte de la ayuda mutua a que la pareja se encuentra comprometida. El artículo 162 del mismo Código expresa: “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno de su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”. El artículo 216 del Código Civil señala “en ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten...”.

Salvo este comentario, considero que las argumentaciones de la Sala fueron acertadas y su criterio quedó reflejado en su sentencia:

Tampoco puede considerarse una sanción (la indemnización) cuya imposición retroactiva prohíba la Constitución, sino que se trata de una compensación que el juez, a la luz del caso concreto, pueda considerar necesaria para paliar a inequidad que puede producirse cuando se liquida el régimen de separación de bienes. El artículo citado responde al hecho de que, cuando un cónyuge se dedica preponderante o exclusivamente a cumplir con sus cargas familiares, mediante el trabajo en el hogar, ello le impide dedicar su trabajo a obtener ingresos propios por otras vías, así como obtener la compensación económica que le correspondería si desarrollara su activi-

¹⁰ Brena Sesma, Ingrid, “¿Retroactividad del artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, julio-diciembre de 2003, pp. 327-341, una opinión basada en criterios emitidos por el Poder Judicial.

dad en el mercado laboral; por eso la ley entiende que su actividad le puede perjudicar en una medida que parezca desproporcionada al momento de disolver el régimen de separación de bienes.¹¹

Frecuentemente se veían disoluciones de vínculos matrimoniales después de muchos años de unión, en los cuales los bienes generados por el marido con el apoyo de su cónyuge dedicada al hogar y a los hijos, correspondían si estaban casados por el régimen de separación de bienes, a aquel en forma total. La mujer quedaba, en estos casos, al margen de los beneficios económicos obtenidos, a pesar de haber estado al frente de un hogar y de la educación de los hijos. Si agregamos que frecuentemente por el desempeño de las actividades domésticas la mujer carecía de capacitación para obtener un empleo o desarrollar una actividad profesional, su situación empeoraba dramáticamente.

La falta de equidad era patente, por más que desde 1917 la Ley de Relaciones Familiares se refiriera a la igualdad trato entre hombre y mujer y el Código de 1928 se manifestara por la misma y que el artículo 4o. de la Constitución general de la república, exprese: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”, la situación antes descrita creaba una ostensible desigualdad a la que era necesario ponerle fin.¹² El Poder Judicial se había inclinado por destacar la importancia de la equidad en las relaciones matrimoniales pero no existía un sustento legal para lograrla.

La legislación del Distrito Federal y de los estados que han seguido el criterio de otorgar compensación al cónyuge que se dedicó preponderantemente al cuidado del hogar y de los hijos se han adherido a la corriente mas avanzadas en diversos países,¹³ y con ello han cambiado la concepción misma de las relaciones matrimoniales. Con la introducción del artículo 289-bis se intenta establecer una equidad de género entre los cónyuges además de proteger y valorar el trabajo doméstico y la formación de los hijos durante la etapa matrimonial, desafortunadamente solo se

¹¹ Contradicción de tesis 24/2004-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, 3 de septiembre de 2004, unanimidad de cuatro votos, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretario: Roberto Lara Chagoyán.

¹² Bena Sesma, Ingrid, “¿Retroactividad del artículo 289-bis...”, *cit.*, nota 10, p. 335.

¹³ La recomendaciones emitidas por el Comité de ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, expresan que las prestaciones civiles entre los antiguos esposos, después del divorcio, no deben perder del vista el objetivo de que cada parte alcance en la medida de los posible, su independencia económica a fin de resolver ella misma sus propias necesidades.

aplica sólo en casos de divorcios contenciosos. Todavía restan otros muchos cambios legislativos necesarios para lograr la equidad dentro del matrimonio.

V. ¿LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES?

El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, había señalado que

...la aplicación del artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal modifica los efectos del régimen de separación de bienes adoptado en el momento de celebrar un matrimonio anterior a la entrada en vigor de dicha disposición legal. Esto es, condenar a uno de los cónyuges al pago de la indemnización prevista en el indicado artículo 289 bis, en un juicio de divorcio que deriva de un matrimonio contraído con anterioridad a su entrada en vigor, equivaldría a incurrir en una aplicación retroactiva de la ley prohibida por el artículo 14 de la Constitución Federal.¹⁴

En este sentido, el Tribunal sostuvo que el régimen de separación de bienes previsto en el artículo 212 del citado Código Civil, al cual se sometieron las partes al momento de contraer nupcias, estipulaba que cada uno de los cónyuges tenía el dominio exclusivo de los bienes que adquiriera durante el matrimonio, con sus frutos y acciones, salvo que hubiere existido pacto en contrario en los capitulaciones matrimoniales...¹⁵

Además, el mismo cuerpo colegiado señaló que lo figura jurídica del divorcio no es totalmente independiente de la institución del matrimonio, pues para promoverlo deben considerarse los términos en que se pactó este último —en el caso concreto, bajo el régimen de separación de bienes— a fin de conservar la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecían, y si en ese momento no existía precepto alguno que estableciera modalidades al derecho de propiedad de los consortes casados bajo ese régimen, ni en el caso de que se divorciaran, lo ahora dispuesto por el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal no podía aplicarse retroactivamente a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

¹⁴ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, pp. 29 y 30.

¹⁵ *Idem*.

El mismo Tribunal señala en su tesis:

...de modo que si antes de la entrada en vigor de la supracitada norma no existía en el Código Civil para el Distrito Federal algún precepto que impusiera alguna modalidad al régimen de separación de bienes aunque se divorciaran los cónyuges, no pueden alterarse los efectos de ese régimen patrimonial del matrimonio que previeron los consortes, pues existiría una aplicación retroactiva en perjuicio del cónyuge demandado y la consiguiente violación a la garantía de irretroactividad de la ley, prevista en el párrafo primero del artículo 14 constitucional.¹⁶

En cambio, el Décimo Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil plantea, en mi opinión acertadamente, que la compensación al cónyuge inocente no modifica el derecho de propiedad adquirido antes de las reformas, pues una vez disuelto el vínculo matrimonial, los consortes conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, con sus frutos y acciones, así como de sus salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvo por servicios personales, por el desempeño de un empleo, o por el ejercicio de una profesión.¹⁷

En su sentencia, el Décimo Tercer Tribunal de Circuito expresó:

...si la indemnización a que se refiere el precepto aludido debe ser decretada en la sentencia de divorcio por el juez de lo familiar, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, es evidente que la condena al pago de la misma no es retroactiva en cuanto al régimen patrimonial de separación de bienes, por que no constituye una sanción o pena por alguna conducta ilícita del cónyuge culpable, en todas los caso que modifique o altere el derecho de propiedad de los bienes adquiridos por éste, que contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes de acuerdo con la ley anterior, sino que resulta en sí una compensación o la consorte inocente por la dedicación preponderante que durante el tiempo que duró el matrimonio, tuvo en el desempeño del trabajo, del hogar y, en su caso, el cuidado de los hijos, razones par las cuales se vio imposibilitada para adquirir bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte, motivo por el cual es clara que con la citada indemnización, se reitera, no se modifica a altera el derecho de propiedad que tiene

¹⁶ DIVORCIO. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL ARTÍCULO 289-BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Tesis 1.80.c.229 C; IUS: 186957, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xv, mayo de 2002, p. 1210.

¹⁷ Decisiones relevantes..., *cit.*, nota 3, p. 34.

el cónyuge culpable respecto de las bienes adquiridas durante la vigencia del matrimonio celebrado en los términos apuntados, aun cuando éste se haya celebrado de acuerdo a la ley anterior a las reformas de veinticinco de mayo de dos mil...¹⁸

Por su parte, la Primera Sala de la Corte en su argumentación expresó respecto al régimen de separación de bienes:

La separación de bienes, orientada a mantener la independencia de las masas patrimoniales de las personas que contraen matrimonio... no asegura a cada uno de los cónyuges un derecho subjetivo definitivo e inamovible sobre su patrimonio, en el sentido de que éste se mantenga intacto en el transcurso del tiempo, hasta que ellos tomen una decisión expresa en contrario, toda vez que el régimen de separación de bienes no establece una relación entre dos personas extrañas con patrimonios yuxtapuestos, sino un régimen económico en el que los derechos de propiedad son necesariamente adecuados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables del matrimonio.¹⁹

Y agrega en otro párrafo: “Por lo anterior, el patrimonio de los cónyuges casados bajo separación de bienes está sujeto a variaciones cuyo impacto final es imposible determinar con antelación”.²⁰

Posteriormente en la Sentencia, la Primera Sala de la Suprema Corte expresa:

....El artículo en cuestión constituye una norma de liquidación de un régimen económico matrimonial que se aplica exclusivamente a las liquidaciones realizadas después de su entrada en vigor y, aunque modifica la regulación del régimen de separación de bienes, no afecta derechos adquiridos de las que se casaran bajo el mismo. Ello es así porque, aunque dicho régimen reconoce a los cónyuges la propiedad y la administración de las bienes que, respectivamente, les pertenecen, con sus frutos y accesiones, no les confiere un derecho subjetivo definitivo e inamovible a que sus masas

¹⁸ Divorcio. Indemnización establecida en el artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del uno de junio de dos mil, no es retroactiva ni modifica el régimen patrimonial de los cónyuges respecto de matrimonios celebrados con anterioridad bajo el régimen de separación de bienes (modificación del criterio anteriormente sostenido por este Tribunal).

¹⁹ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 43.

patrimoniales se mantengan intactas en el futuro, sino que constituye un esquema en el que los derechos de propiedad son necesariamente modulados por la necesidad de atender a los fines básicos e indispensables de la institución patrimonial, la cual vincula inseparablemente el interés privado con el público.

Me parecen adecuadas tanto la argumentación del Décimo Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil como la sentencia de la Primera Sala. El primero reconoció que la compensación al cónyuge inocente no modifica el derecho de propiedad adquirido antes de la reforma, pues cada consorte conserva la propiedad y administración de sus bienes y la segunda argumenta que no se tiene un derecho subjetivo definitivo e inamovible sobre el patrimonio, yo agregaría que ni dentro ni fuera del matrimonio. El patrimonio de las personas es susceptible de cambios constantes derivados del tráfico jurídico y de los sucesos de la vida que conllevan alteraciones patrimoniales constantes tales como el cumplimiento de obligaciones convencionales o pago de indemnizaciones derivadas de responsabilidades civiles, o como en el caso señalado, por una compensación fijada por una ley.

Difiero, sin embargo, de lo expresado en la Sentencia de la Primera Sala, pues desde mi punto de vista el artículo 289-bis no es “una norma de liquidación del régimen de separación de bienes” y creo que la confusión se produce desde que el legislador mencionó como requisito de aplicación del precepto que “los cónyuges estuvieran casados por el régimen de separación de bienes”.

Desde mi punto de vista si la fracción segunda del artículo 289-bis señala como requisito para que un cónyuge pueda demandar al otro una indemnización, que ambos hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes, no significa una modificación ni liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, significa que la “indemnización” se podrá exigir por uno de los cónyuges, sólo cuando exista ese régimen conyugal, pues si el régimen fuera el de sociedad conyugal, en tal caso el patrimonio sería común a los dos cónyuges y no habría porque otorgar una indemnización a quien ya es el dueño del 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Tampoco podemos considerar al artículo 289-bis una norma de liquidación del régimen de separación de bienes puesto que se aplica sólo a los casos de divorcio y no a la terminación del régimen por cualquier otra causa.

El antecedente del 289-bis fue un texto que se encontraba en el proyecto del Código Civil para el Distrito Federal presentado a la Asamblea Legislativa en marzo de 2000.²¹

La propuesta de tal Proyecto tiene el siguiente texto:

El cónyuge que no dio causa al divorcio tiene, por lo menos, derecho a pensión alimenticia y si el divorcio produce un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, tiene derecho a una compensación, que se fijará en la sentencia tomándose en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- I. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- II. La edad y el estado de salud de los cónyuges.
- III. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo.
- IV. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia.
- V. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge.
- VI. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como sus necesidades.
- VII. Las demás obligaciones alimentarias que tenga el cónyuge acreedor.

Una de las diferencias ente el proyecto y la reforma es que el proyecto no menciona el régimen patrimonial del matrimonio sino “los medios económicos de uno y otro cónyuge, así como sus necesidades” y que se deja al arbitrio del juez señalar el monto de la compensación sin hacer mención alguna a un tope sobre el porcentaje que se pudiera determinar. Si en la reforma en vez de expresar el controvertido “bajo el régimen de separación de bienes” se hubiera expresado: “tomando en cuenta los medios económicos de uno y otro cónyuge”, ¿existirían dudas sobre la explicación retroactiva del artículo 289-bis?

VI. ¿SE PUEDEN INTRODUCIR REFORMAS A LOS EFECTOS
PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y, POR TANTO, A LOS DEL DIVORCIO?
O ¿LAS ALTERACIONES QUE SE HAGAN DEBEN SER CONSIDERADAS
COMO RETROACTIVAS?

El Octavo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Primer Circuito ratificó la sentencia de la Tercera Sala Familiar del Tribunal Su-

²¹ Este proyecto de Código Civil fue coordinado por la doctora de este estudio por encargo de la Comisión *ad hoc* de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

prior de Justicia del Distrito Federal en el sentido de considerar que la condena a uno de los cónyuges al pago de la indemnización prevista en el artículo 289-bis en un juicio de divorcio que deriva de un matrimonio contraído con anterioridad a su entrada en vigor, “equivaldría a incurrir en una aplicación retroactiva de la ley prohibida por el artículo 14 de la Constitución Federal”.²² Además señaló que la figura jurídica del divorcio no es totalmente independiente de la institución del matrimonio, pues para promoverlo deben considerarse los términos en que se pactó éste último y en el caso de que los cónyuges hayan pactado el régimen de separación de bienes y si en ese momento no existía precepto alguno que estableciera modalidades al derecho de propiedad de los consortes casados bajo ese régimen ni en el caso de que se divorciaran el artículo 289-bis no puede aplicarse retroactivamente a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.²³

En sentido opuesto, en sus consideraciones la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó:

...que el momento en que se aplica la norma en estudio es dentro del juicio de divorcio, ya que la indemnización se solicita en la demanda y, en su caso, ésta es declarada procedente por el juez. En este sentido, desde la perspectiva del principio que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes en perjuicio de persona alguna, se plantea si en un divorcio que se inició con posterioridad a la vigencia del artículo 289-bis, pero cuyo matrimonio se celebró antes de la vigencia de la norma... al tratarse de una norma aplicable a divorcio, específicamente para la liquidación del régimen patrimonial no existe problema alguno de retroactividad.²⁴

La Primera Sala de la Suprema Corte se adhirió a la corriente doctrinal mas aceptada que considera al matrimonio como un acto adhesión²⁵ pues expresa en sus consideraciones:

La regulación jurídica del matrimonio, en sus diferentes vertientes, intenta conjugar dos necesidades igualmente importantes e irrenunciables que

²² *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, pp. 29 y 30.

²³ *Ibidem*, p. 30.

²⁴ *Ibidem*, p. 40.

²⁵ Los seguidores de esta corriente explican que es el Estado quien impone el régimen legal del matrimonio sin que los contrayentes puedan establecer sus condiciones. Ellos solo se limitan a expresar su voluntad de contraer matrimonio y con la celebración del acto se adhieren al régimen legal.

son, por un lado, la necesidad de ser un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad de las dos personas que desean contraerlo, y por el otro, la necesidad de someter esta autonomía de la voluntad a los límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y desarrollo integral de los miembros de la familia...²⁶

Continúa:

Es por eso que no puede considerarse que dos personas que se casan bajo una determinada ley, tengan un derecho adquirido en donde su situación personal y patrimonial se rija siempre conforme a lo dispuesto en las normas vigentes al momento en que contraen matrimonio.

Además, la naturaleza misma del derecho de familia y, en particular, la de las normas reguladoras del matrimonio, no permiten que las partes pretendan, por los cambios legislativos, no ser afectadas en su estatus personal, en su patrimonio, o en el conjunto de derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, ni tampoco pueden asumir que adquieren, cuando se casan, el derecho a que sus efectos sean invariables con respecto a ellos, porque el matrimonio es una institución jurídica situada en un ámbito en que están vinculados el interés privado y el público.²⁷

Ejemplo clásico del acto condición es el matrimonio, a través del cual las personas libremente manifiestan en forma solemne su voluntad de contraerlo ante el juez del registro civil, pero los efectos del matrimonio ya no depende de la voluntad de los casados sino que son establecidos por la ley la cual, además, puede introducir cambios en la regulación y a los cónyuges sólo corresponde acatarlos.²⁸

La propia Corte ha determinado que las leyes del matrimonio no son inmutables, van adaptándose y perfeccionándose de tiempo en tiempo, y los derechos adquiridos por la celebración del matrimonio no son derechos que no puedan ser modificados por ley que organice lo referente al mismo. Una tesis emitida en 1929 ya expresaba estas ideas.

MATRIMONIO, LEYES DEL. Las leyes concernientes al matrimonio, son de orden público, y por tanto, los cónyuges, al casarse, no adquieren derechos

²⁶ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, 43.

²⁷ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

²⁸ León Duguit sostiene que el acto condición “tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas, que constituyen un verdadero estado por cuanto no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten una renovación continua”.

que no puedan ser modificados por una ley posterior que organice el matrimonio, su duración y resolución, en términos distintos que los de la ley que regía en el momento de efectuarse el matrimonio. De tal manera que si una ley posterior instituye el divorcio y éste no existía en el momento de la celebración del matrimonio, la aplicación de la nueva ley, no puede considerarse que tenga retroactivos.²⁹

Con base en lo anterior, no puede considerarse que dos personas que se casan bajo una determinada ley, tengan un derecho adquirido en donde su situación personal y patrimonial se rija por siempre conforme a lo dispuesto en las normas vigentes al momento en que contraen matrimonio.

Entre los argumentos expuestos por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se encuentra “la figura jurídica del divorcio no es totalmente independiente de la institución del matrimonio”.³⁰ En total acuerdo, consideramos que el divorcio no sólo no es totalmente independiente del matrimonio sino que al ser el divorcio, como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, éste está íntimamente relacionado con matrimonio. La disolución del vínculo también requiere de la voluntad de los cónyuges, divorcio voluntario, o al menos de uno de ellos, en el caso del divorcio fundado en la separación o el contencioso, pero su regulación y efectos se encuentra regulado por la ley.

Esta afirmación es fácilmente comprobable si observamos que para tramitar un divorcio por mutuo consentimiento, la voluntad de los divorciantes es esencial pero no determinante de los efectos que se produzcan. El convenio de divorcio es elaborado por los cónyuges, pero el mismo deberá adecuarse a los lineamientos establecidos en la ley. Corresponde al Ministerio Público revisar ese acuerdo y al juez aprobarlo, una vez que los intereses de los cónyuges y de los hijos hayan quedado suficientemente protegidos.

Si se trataba de un divorcio contencioso, las causales, la tramitación y los efectos, tanto personales como patrimoniales, tal es el caso de la disolución de la sociedad conyugal, el pago de pensiones alimenticias entre los divorciantes o el pago de indemnizaciones cuando se hubieran cometido daños u perjuicios, son establecidos legalmente, con poca o ninguna intervención de los divorciantes.

²⁹ Amparo civil directo 1178/29. Duarte Moreno Rafael A. 28 de octubre de 1929. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

³⁰ *Decisiones relevantes...*, cit., nota 3, p. 30.

El comentado artículo 289-bis modifica los efectos patrimoniales del divorcio y forma parte, por así decirlo, del estatuto legal del divorcio, no del matrimonio, a pesar de su íntima relación, pues no se aplica durante el matrimonio. Sólo si la reforma se pretendiera aplicar a divorcio iniciados antes de los cambios legislativos del 2000 podríamos hablar de una aplicación retroactiva, pero no cuando nos referimos a divorcio iniciados con posterioridad a la reforma. Como consecuencia de lo anterior, a los cónyuges que hayan presentado su demanda de divorcio con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 289-bis se les aplicará tal precepto legal, de manera que se respete la modificación al estatuto legal del divorcio.

VII. ¿PUEDEN LAS REFORMAS AL DIVORCIO ESTABLECIDAS
EN EL ARTÍCULO 289-BIS SER CONSIDERADAS DE INTERÉS PÚBLICO?

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia expresó en sus consideraciones de la sentencia: ...porque el matrimonio es una institución jurídica situada en un ámbito en que están vinculados el interés privado y el público.³¹

La simple declaración del cuarto constitucional es muestra del interés del Estado en la protección de la familia.³² El Código Civil del Distrito Federal dio un paso más al declarar que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social.³³

El vínculo matrimonial, forma parte de las relaciones familiares y es reconocido como una comunión física, moral, económica, social, de la que surgen deberes y facultades, cuyos ejercicios quedarán acordados libremente por la pareja, con las limitantes que le imprima la ley. El legislador debe aspirar a que exista un verdadero equilibrio, en el ejercicio de esas facultades y deberes con el fin de lograr una armonía en relación.

Se permite que los cónyuges contribuyan a la relación matrimonial de la forma que mejor les convenga y que participen de los bienes adquiridos con el trabajo que realicen, independientemente que si éste tiene o no un

³¹ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

³² El artículo 4o. contitucional expresa: “Esta —se refiere a la ley— protegerá la organización y desarrollo de la familia”.

³³ Artículo 138-ter del Código Civil para el Distrito Federal establece: “Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto de su dignidad”.

carácter remunerado. Si el trabajo de alguno de ellos consiste en mantener la dirección, armonía y cuidado del hogar, y en su caso la atención de los hijos, debe ser considerado como su aportación pues su trabajo se considera como su contribución económica en forma semejante al del cónyuge que aporta ingresos. La norma no debe desconocer a alguno de ellos el derecho de participar el disfrute de los bienes que se adquirieron bajo la comunidad de vida que mantuvieron. Aun, cuando por diversas circunstancias cualquiera de ellos demande la disolución del vínculo, la contribución a los fines del matrimonio merece reconocimiento y protección.

Es claro que en muchos casos de divorcio se contrapondrán los intereses. Por un lado, el interés individual del cónyuge que por estar casado bajo el régimen de separación de bienes, se considera dueño absoluto de su patrimonio y se piensa afectado al tener que entregar al otro, del cual, además de está divorciando, parte del mismo. Por el otro, se encuentra además del interés personal del cónyuge, el interés general de la sociedad, la cual pretende establecer a través de la compensación un trato equitativo a los miembros de la pareja matrimonial y un reconocimiento a las labores domésticas y de atención y educación de los hijos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado en diversas ocasiones el criterio de excepción de no retroactividad de una ley en casos que se presente un interés público³⁴ el cual perfectamente encuadra en las cuestiones familiares.

³⁴ RETROACTIVIDAD. No se infringe el precepto que la prohíbe cuando, al estar en conflicto el interés general con el de los particulares, se concede predominio al primero, por no existir derecho que oponerle. *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Quinta Época, t. I, p. 857.

Amparo administrativo en revisión, Arroitia Aureliano y coagraviados, 24 de diciembre de 1917, unanimidad de nueve votos, ausente: Agustín Urdepilleta y Enrique García Parra. La publicación no mencionada el nombre del ponente.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Corte ha sostenido, en diversas ejecutorias, que la aplicación que hacen los tribunales, de las leyes de orden público o de interés general, nunca es retroactiva... *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Quinta época, t. XV, p. 815.

Amparo civil en revisión, Cirerol de Díaz Mercedes y coagraviados. 26 de marzo de 1920. Mayoría de ocho votos, respecto al primer punto resolutivo. Disidentes: Alberto M. González y Antonio Alcocer. Mayoría de seis votos por lo que hace el segundo punto resolutivo. Disidentes: Adolfo Arias, Agustín Urdapilleta, Gustavo A. Vicencio y José María Mena, excusa: Patricio Sabido. La publicación no menciona el nombre del ponente.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Los particulares no pueden adquirir derechos que estén en pugna con el interés público; de suerte que cuando una ley lesiona un derecho de

VIII. CONCLUSIÓN

Es muy gratificante ver como después de tantas batallas ante los tribunales, desde juzgado, salas del Tribunal Superior del Distrito Federal, tribunales colegiados de circuito, por fin el artículo 289-bis gana la batalla por decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Considerar la introducción del artículo 289-bis como retroactiva respondía a una actitud egoísta de querer mantener una falta de equidad entre la pareja matrimonial, al permitir que al disolverse el matrimonio por divorcio, una parte de la pareja se beneficiara del patrimonio formado durante la vigencia del vínculo y la otra quedara, a pesar de sus contribuciones, en total desprotección.

La sociedad actual y el Estado han demostrado su interés en proteger a las personas que se encuentran en relaciones matrimoniales aún en los casos en que éstas terminen por divorcio. A través de los cambios legislativos y ahora la jurisprudencia ha quedado claro que puesto que el matrimonio no es un contrato, no se afectan derechos adquiridos durante el imperio de una ley anterior, sino que se respeta la modificación al estatuto legal del divorcio.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se une en esta concepción equilibrada y justa de las relaciones entre los cónyuge, al menos al momento de que se divorcien. Pero, además del argumento de equidad, los fundamentos jurídicos sólidos comentados a lo largo de este trabajo la Primera Sala demostró la no retroactividad del artículo 289-bis.

esa clase, no hay retroactividad, aun cuando la existencia del derecho sea anterior a la de la ley.

Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de 1954, Quinta época, Tercera Sala, tesis: 922, p. 1718.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta época; t. XLIX, p. 1714. Amparo administrativo en revisión 1790/36, secc. 2a. Sulphr Mining and Railroad Co. 12 de septiembre de 1936, unanimidad de 5 votos, relator: Alonso Aznar Mendoza, Segunda Sala.

T. LVIII, p. 213, amparo directo 4183, cía. Lagunera de Aceites, S.A., 6 de octubre de 1938, unanimidad de 4 votos. La publicación no menciona Ponente.

T. LXXV, amparo directo 4659/39, Juanola Manuel, 31 de marzo de 1943, p. 8389, unanimidad de 4 votos, La publicación no menciona ponente.

T. XXXIX, amparo directo 8075/44, Herrejón Patiño Gabriel, 24 de julio de 1946, p. 919, unanimidad de 5 votos, relator: Hilario Medina.

T. C, amparo directo 5613/43, García Esquiven José, 18 de abril de 1949, p. 250, unanimidad de 4 votos, ponente: Vicente Santos Guajardo.

LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Luis CASTILLO CÓRDOVA*

SUMARIO: I. *Introducción: Estado constitucional y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* II. *Especial referencia al ordenamiento jurídico peruano.* III. *Los productos interpretativos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: ESTADO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Una nueva concepción de la Constitución*

En referencia a la tradición continental del derecho (*Civil Law*) antes que a la tradición anglosajona (*Common Law*), una concepción clásica de lo que es el Estado moderno como forma de organización política de la convivencia humana exige necesariamente la presencia de un elemento: el poder político (o poder estatal o poder público). El poder como elemento del Estado es un poder que está sometido al derecho, por lo cual su ejercicio es siempre limitado. Hablar de un poder sometido al derecho es hablar en buena cuenta de Estado de derecho (*Rechtsstaat*) en oposición al Estado de la fuerza (*Machtstaat*) propio de los históricos Estados absolutos e incluso —aunque con algunas matizaciones— del despotismo ilustrado. Frente a la posibilidad de considerar al moderno

* Investigador en la Universidad de La Coruña (España); profesor de la Universidad de Piura (Perú).

Estado Constitucional¹ como una modalidad de Estado de derecho² o como una realidad completamente ajena y distinta,³ lo cierto es que después de la Segunda Guerra Mundial fue abriéndose paso en la Europa occidental —muy particularmente en Alemania—⁴ un nuevo modelo de relación entre lo jurídico y lo político, conocido comúnmente como *neo-constitucionalismo*.⁵ Este nuevo modelo no sólo supone una nueva

¹ Aunque habrá que dejar dicho desde ya que no faltado quien afirme la actual crisis del Estado constitucional, para afirmar “un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo Estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales”. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 27.

² Para Böckenförde, el concepto Estado de derecho cuenta con una característica que permite hablar de Estado constitucional como una evolución del Estado de derecho: “la de poder establecer diferencias entre tipos de Estado de derecho que se distinguen entre sí no sólo por rasgos accidentales sino también estructurales”. Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 18. El Estado constitucional supondría un giro hacia un concepto material de Estado de derecho, caracterizado “por el hecho de que el poder del Estado se entiende como vinculado a determinados principios y valores superiores del derecho, así como porque el centro de gravedad de la actividad estatal [se orienta] a establecer una situación jurídica justa en sentido material”, *ibidem*, p. 40.

³ Es el caso de Zagrebelsky, para quien: “[q]uien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en la espera y con la esperanza de una restauración... más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 33 y 34.

⁴ Para un estudio de los inicios y situación actual del neo-constitucionalismo en Alemania *cfr.* Cruz, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.

⁵ Hasta cuatro acepciones han sido atribuidas a este término: “[e]n primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica que defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del dere-

concepción del Estado,⁶ sino también —y muy particularmente— de la Constitución.

La Constitución, dentro de un modelo neo-constitucionalista, deja de concebirse como mera realidad retórica para pasar a formularse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y los particulares.⁷ Esta norma jurídica es la base (o cúspide, según se quiera ver) del entero ordenamiento jurídico del Estado, de modo que se convierte en la norma suprema, por encima del resto de normas.⁸ Esta norma jurídica fundamental tiene un contenido caracterizado por un elemento formal y otro material. El elemento formal es que las disposiciones constitucionales —en particular las disposiciones iusfundamentales— se formulan a través de un lenguaje general que las hacen abiertas, indeterminadas y necesitadas de concreción.⁹ El elemento material es que las disposiciones constitucionales —en particular, las disposiciones iusfundamentales— tienen un importante contenido axiológico,¹⁰ a través del cual formula los valores básicos de una sociedad que han de ser asumidos y seguidos como fin, tanto por el poder político como

cho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista”. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101 y 102.

⁶ Esta nueva concepción ha movido al menos en dos direcciones. “hacia un Estado social de derecho en sustitución del Estado de derecho liberal (burgués), y por el otro a favor de un concepto material en lugar de un concepto formal del Estado de derecho”. Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el...*, cit., p. 34.

⁷ Un estudio de los factores que contribuyeron a la concepción de la Constitución como una realidad normativa en Europa, *cfr.* Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 176-184.

⁸ El legislador moderno —se afirma— es un “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, lo que ha conllevado que el derecho se haya mecanizado y tecnificado, de modo que “[l]as Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”. Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil...*, cit., nota 3, p. 39.

⁹ Este carácter “se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional”. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, cit., nota 1, p. 35.

¹⁰ No es extraño, por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el tratamiento de las normas de derechos fundamentales como “decisiones valorativas jurídico constitucionales” (*verfassungsrechtliche Wertentscheidungen*) BVerfGE 103, 89 (100); o como “orden valorativo vinculante” (*wertgebundene Ordnung*) BVerfGE 49, 24 (56).

por los particulares,¹¹ llegando incluso a justificar del poder político verdaderas obligaciones de acción.¹² Esto permite hablar de orden jurídico materializado (*materialisierte Rechtsordnung*).¹³

La Constitución del neo-constitucionalismo es, por tanto, una norma jurídica fundamental abierta a valores, a fin de mantener no sólo la unidad en la producción de las distintas fuentes normativas, sino también —y fundamentalmente— a fin de cumplir “la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales”.¹⁴

2. Consecuencias de la nueva concepción

Esta nueva concepción de la Constitución genera una serie de consecuencias, de las que para el objeto de este trabajo interesa referir las que a continuación se destacan. La primera de ellas es que los contenidos de la Constitución —en particular los derechos fundamentales— se irradian hacia el entero ordenamiento jurídico, es decir, tienen fuerza de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*).¹⁵ Lo cual significará no sólo que el ordenamiento jurídico será válido en la medida que se ajuste a la Constitución,¹⁶ sino que también significará que el ordenamiento jurídico termina siendo conformado según la Constitución, en la medida que la Constitución “proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia”.¹⁷ En este sentido, una característica del neo-constitucionalismo es la constitucionalización del entero ordenamiento jurídico, fenómeno que ha

¹¹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *op. cit.*, nota 9, p. 34.

¹² Es la justificación del reconocimiento de una dimensión jurídico-objetiva en el contenido de los derechos fundamentales, la misma que se despliega en tres grupos “a) la fuerza de irradiación; b) organización y procedimiento, participación y prestación así como obligaciones de protección”. Dreier, Horst, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 2003, p. 42.

¹³ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 5a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 300.

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *cit.*, p. 40.

¹⁵ *Cfr.* Schuppert, Gunnar Folke y Bumke, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 18-23.

¹⁶ “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *cit.*, nota 3, p. 34.

¹⁷ BVerfGE 39,1 (41).

de saber colocarse entre una no deseada infraconstitucionalización (*Unterkonstitutionalisierung*) y una criticada sobreconstitucionalización (*Überkonstitutionalisierung*), en definitiva una adecuada constitucionalización (*adäquate Konstitutionalisierung*) construida con base en “el camino pedregoso y arduo de la dogmática de los márgenes de acción”.¹⁸

La segunda consecuencia es que la Constitución ha de ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en los casos concretos. Esta labor de concreción y determinación se lleva a cabo necesariamente a través de un proceso interpretativo de las normas constitucionales, en particular de las que reconocen derechos fundamentales.¹⁹ De la pluralidad de agentes que interpretan la Constitución,²⁰ hay que reconocer que el principal papel de concreción se encuentra asignado tanto al Tribunal Constitucional —en los ordenamientos jurídicos en los que se encuentre previsto— como a los jueces del Poder Judicial. Esta circunstancia ha dado origen al fenómeno de judicialización del ordenamiento jurídico.²¹ Más aún, de entre estos dos será el Tribunal Constitucional quien ostente una posición superior como Supremo intérprete de la Constitución.²² Éste se constituirá en la máxima garantía del consenso social fundamental expresado por la Constitución.²³ En palabras del Tribunal Federal alemán, se trata del *decisivo intérprete y protector de la Constitución*.²⁴ Y es que “[l]a función unificadora del ordenamiento que la Constitución desempeña,

¹⁸ Alexy, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht—Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61, 2002, p. 14.

¹⁹ Así, “[l]os derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *op. cit.*, nota 9, p. 35.

²⁰ Para Häberle todos los agentes sociales son intérpretes de la Constitución. Según este autor, “[l]a legitimación básica teórico-constitucional de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el ‘negocio’ de la interpretación constitucional reside en el hecho de que estas fuerzas constituyen un pedazo del espacio público y de la realidad de la Constitución misma”. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Fix-Fierro, Héctor, México, UNAM, 2003, p. 156.

²¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 139-143.

²² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 197-205.

²³ Balaguer Callejón, Francisco, “Tribunal Constitucional y creación del derecho”, en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Javier (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 382.

²⁴ Das Bundesverfassungsgericht “als maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung”. BVerfGE 40, 88 (93).

exige que haya un órgano al que le corresponda la interpretación última de la Constitución”,²⁵ y esta le ha correspondido al Tribunal Constitucional.

La tercera consecuencia es que las determinaciones o concreciones que respecto de las normas constitucionales se lleve a cabo, deben ser resultado de un previo proceso argumentativo. Sólo a través de él se podrá saber si la determinación o concreción constitucional no es mero fruto de la arbitrariedad sino más bien producto de la aplicación razonable del principio o valor que subyace a un dispositivo constitucional determinado. De esta forma las determinaciones constitucionales que provengan tanto del Tribunal Constitucional como de los jueces del Poder Judicial son un acto de razón antes que un acto de poder, y en ello precisamente encuentran su legitimidad.²⁶ En este sentido adquiere “especial relieve el proceso de razonamiento y argumentación seguido por el tribunal”²⁷ en sus sentencias constitucionales. Más aún cuando hay que reconocer que en la metodología jurídica propia del Estado constitucional la aplicación del derecho en general y de la Constitución en particular, no se circunscribe a una mera operación lógica de subsunción,²⁸ sino que al constituirse como un orden abierto a valores, posibilita cargas axiológicas del intérprete,²⁹ pues “está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento

²⁵ Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 156.

²⁶ Se entiende así que “a diferencia de lo que sucede en el caso del legislador, que transmite a la ley toda la autoridad que deriva de su condición de órgano representativo —el más representativo—, en el caso de los tribunales constitucionales la falta de representatividad del órgano quedaría compensada por ‘lo representativo’ de su opinión, lo que implica sostener que la autoridad de la interpretación ‘judicial’ de la Constitución descansa, en definitiva, en su capacidad para reflejar o concitar el acuerdo —normalmente, aunque no necesariamente, de mínimos— en cuanto a los términos actuales del pacto constituyente”. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2005, p. 56.

²⁷ Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución...*, cit., nota 25, p. 69.

²⁸ Bien se ha dicho cuando se ha afirmado que “[l]a decisión jurídica... expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes”. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 23.

²⁹ El proceso de aplicación del derecho “lleva aparejada una vertiente creativa en la que el juzgador incorpora algún elemento subjetivo o ideológico al elegir el significado de la norma y decidir el caso concreto”. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 64.

que permita, con una intersubjetividad necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta”.³⁰

3. *El valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Dentro del contexto de estas tres consecuencias se plantea la cuestión del valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto esta cuestión ha de ser respondida siempre en función de cada ordenamiento constitucional concreto —como se pasará a formular inmediatamente respecto del ordenamiento jurídico peruano— también es cierto que de modo general —y breve— se pueden formular las siguientes reflexiones. Primera, si la Constitución es un orden abierto a los valores, los cuales han de ser concretados en cada caso, y si además son varios los intérpretes de la Constitución, entonces es necesario definir la interpretación que ha de prevalecer. En este sentido, y como se ha dicho antes, el Tribunal Constitucional cuenta con una posición preferente respecto a la interpretación que puedan formular los jueces del Poder Judicial. Esta preferencia lleva necesariamente a admitir la siguiente exigencia: algún grado de vinculación se ha de reconocer en los ordenamientos jurídicos a la interpretación de la Constitución que se haga contener en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.³¹

Segunda, la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por los operadores jurídicos viene justificada también por una necesidad de certeza, unidad y de coherencia del ordenamiento jurídico.³² En

³⁰ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5, 1988, p. 151.

³¹ Teóricamente pueden diferenciarse tres tipos básicos de vinculación: “una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las sentencias... en el otro extremo, una vinculación formal rigurosa, en el sentido de considerar la existencia de una obligación exigible al juez, de atenerse a la doctrina jurisprudencial; y, finalmente, en una posición intermedia, una vinculación ‘disuasoria’, en el sentido de que el no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la revocación... de las sentencias contrarias a esa doctrina”. López Guerra, Luis, “Tribunal Constitucional y creación judicial de derecho”, en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Javier (coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, cit., nota 23, p. 361.

³² En general puede distinguirse dos modelos justificativos de la obligación de seguir un precedente: “[p]or un lado, el denominado argumento pragmático y, por otro, el argumento de justicia formal. Según el primero, la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtienen: la uniforme aplicación de las leyes [y

efecto, si no se diera algún grado de vinculación a las interpretaciones que de la Constitución formule el Tribunal Constitucional, entonces habría tantos significados de la Constitución como jueces —en general operadores jurídicos— hubiese, con la consiguiente ausencia de certeza del derecho constitucional vigente. Adicionalmente, es posible que hubiese interpretaciones distintas —y hasta contradictorias— de los preceptos constitucionales y, consecuentemente, no sería posible ni la coherencia ni la unidad en el sistema jurídico.

Tercera, la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional será posible porque posible es concluir —con base al principio de universalidad—³³ una *regla de decisión* (*Entscheidungsregel*) de toda sentencia del referido Tribunal que resuelva una controversia concreta o general con base en la interpretación de la Constitución.³⁴ Esta regla de decisión ha de aplicarse *prima facie* a todos los casos futuros en los que concurren las características que lo hagan sustancialmente semejante al caso respecto del cual se formula la regla de decisión.³⁵ De manera que “[e]l principio de generalidad del Derecho no puede verse sólo satisfecho, por ello, mediante la ley general: exige también la generalidad en su interpretación y aplicación por los jueces”.³⁶

Y cuarta, teóricamente el grado de vinculación podrá variar entre una vinculación fuerte o absoluta a otra débil o relativa. La primera significará

de la Constitución], la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros. Según el argumento de justicia formal, la razón para seguir los precedentes es el principio de igualdad, es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante”. Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 128 y 129.

³³ Formulado ya desde el formalismo Kantiano: “El imperativo categórico es así pues único, y, por cierto, este: obra sólo según la máxima a través de la cual puedas querer al mismo tiempo que se convierta en una ley universal”. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Segunda Sección, t. IV (421, 5), en *Kant ‘s gesammelte Schriften*, Berlín, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, 1911.

³⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 537.

³⁵ La fuerza vinculante de la regla de decisión “se manifiesta no sólo en los casos en los cuales el Tribunal [Constitucional] aplica reiteradamente una regla ya formulada, sino también justamente en los casos en los que la extiende a casos con nuevas características como así también en los casos en los cuales, debido a la existencia de una nueva característica, no lleva a cabo esta extensión”, *ibidem*, p. 538.

³⁶ López Guerra, Luis, “Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho”, *op. cit.*, nota 31, p. 351.

que los distintos operadores jurídicos no podrán actuar al margen de la interpretación que de la Constitución formule el Tribunal Constitucional; mientras que la segunda permitirá el apartamiento. En este último caso, y en la medida que el Tribunal Constitucional formulará la concreción constitucional a través de un procedimiento argumentativo, se exigirá que el operador jurídico —el juez, por ejemplo— presente una argumentación que justifique suficientemente el apartamiento.³⁷

Por lo tanto, la posición jurídica que en un Estado constitucional de derecho está llamado a tener el Tribunal Constitucional, necesariamente exige el reconocimiento de algún grado de vinculación de los operadores jurídicos —en particular de los jueces del Poder Judicial— a la interpretación que el Tribunal Constitucional formule en su jurisprudencia. Esta vinculación, necesaria también por las exigencias de unidad y certeza del ordenamiento jurídico, es posible efectuarla con base al principio de universalidad, y podrá ir desde una vinculación absoluta a otra relativa.

Estas afirmaciones generales requieren de concreción, la cual se efectuará respecto de los concretos ordenamientos jurídicos. Aquí interesa efectuar la concreción respecto del ordenamiento jurídico peruano, por lo que se pasa inmediatamente a estudiar la vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en ese país andino.

II. ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. *Planteamiento de la cuestión*

La Constitución peruana (en adelante CP) es la norma jerárquicamente superior del entero ordenamiento jurídico peruano (artículo 51 CP), y el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) es el órgano controlador de que esta vigencia jerarquizada no se vea contradicha (artículo 201 CP). El TC manifiesta su labor de control y vigilancia a través de sentencias (en adelante “sentencias constitucionales”), a través de las cuales necesariamente terminará interpretando los dispositivos generales y abiertos que conforman la Constitución. Estas sentencias configuran la jurispru-

³⁷ Dos reglas generales de la argumentación jurídica pueden recordarse aquí: “(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 34, p. 265.

dencia constitucional del TC, la cual se define como el “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”.³⁸ Esta jurisprudencia “constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”.³⁹

Ante este panorama se abre necesariamente paso la siguiente cuestión central: ¿cuál es el valor de la jurisprudencia o doctrina constitucional del TC en el Perú? No es extraño encontrar en la jurisprudencia constitucional misma una general referencia a la vinculación que las sentencias del TC tienen respecto de los poderes públicos y de los particulares.⁴⁰ Sin embargo, una respuesta así de general necesita ser desarrollada y explicada con más detalle a fin de establecer efectivamente el valor normativo de las distintas interpretaciones que el TC manifiesta en las sentencias a los distintos procesos constitucionales. Para lograr este fin, las principales normas con las que se cuenta están recogidas en el Código Procesal Constitucional (en adelante CPC), en particular en sus artículos VI y VII. Sin embargo, antes de entrar al estudio de estas disposiciones es necesario dejar establecidos algunos presupuestos que servirán de base para formular una respuesta a la cuestión central antes planteada.

2. Algunos presupuestos

A. Sobre los procesos constitucionales

El primer presupuesto al que hay que aludir está referido a los procesos constitucionales. En el ordenamiento constitucional peruano se han previsto seis procesos constitucionales distintos (artículo 200 CP): el proceso de hábeas corpus, destinado a la protección del contenido constitucional del

³⁸ Expediente núm. 0024–2003–AI/TC, del 10 de octubre de 2005, primera consideración previa.

³⁹ Expediente núm. 3741–2004–AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, foja 42.

⁴⁰ Así, por ejemplo, tiene dicho el TC que “las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”, *ibidem*, foja 49.

derecho fundamental a la libertad individual y derechos conexos; el proceso de hábeas data, que protege el derecho fundamental de acceso a la información en entidades públicas así como al llamado derecho a la autodeterminación informativa; el proceso de amparo, a través del cual se protege el contenido constitucional del resto de derechos fundamentales no protegidos por los dos primeros procesos constitucionales; la acción de inconstitucionalidad, que procede contra normas con rango de ley⁴¹ que contravengan la Constitución en el fondo o en la forma; el proceso de acción popular, que se interpone contra normas *infra* legales que contravengan la Constitución y/o la ley; el proceso de acción de cumplimiento, que se interpone contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; y el proceso competencial, a través del cual se resuelven los conflictos de competencia o de atribuciones otorgadas por la Constitución.⁴² Salvo en el proceso de acción popular,⁴³ en todos los demás procesos constitucionales interviene el TC, ya sea como instancia única (procesos de inconstitucionalidad y procesos competenciales); ya sea como instancia última (proceso de hábeas corpus, de amparo, de hábeas data y de cumplimiento). Esto significa que en el caso peruano, el TC es la máxima instancia en derecho interno para la defensa en general de la vigencia de la Constitución como norma jurídica suprema, y en particular para la defensa de los derechos fundamentales.

B. Sobre las sentencias constitucionales

a. La diferenciación entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*

El segundo presupuesto al que se aludirá es que el TC ha distinguido dos partes en una sentencia constitucional: el fallo que contiene la deci-

⁴¹ En el ordenamiento peruano son normas con rango de ley: las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales (artículo 200.4 CP).

⁴² El desarrollo legislativo del artículo 200 CP se encuentra en el Código Procesal Constitucional. Para un comentario al mismo referido de los procesos constitucionales destinados directamente a la defensa de los derechos constitucionales puede verse Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2006, ts. I y t. II.

⁴³ La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial (artículo 85 CPC).

sión de la demanda constitucional presentada; y los fundamentos jurídicos que anteceden al fallo. Son éstos últimos los que recogen los distintos criterios de interpretación de la Constitución que formula el TC y que luego serán exigidos —veremos cómo y con cuál alcance— a todos los operadores jurídicos, en particular a los jueces del Poder Judicial. Esta constatación hace que adquiera verdadera importancia el proceso argumentativo que siga el TC y, consecuentemente, genera de éste la obligación de argumentar debida y suficientemente aquellas decisiones en las que pone de manifiesto un criterio de interpretación de algún dispositivo de la Constitución.

La parte de la sentencia constitucional que contiene las interpretaciones, están compuestas —a decir del TC— al menos por los dos siguientes elementos: la *ratio decidendi*, y los *obiter dicta*.⁴⁴ La *ratio decidendi*, que el Tribunal Constitucional denomina como “razón suficiente”, ha sido definida como aquella parte de la sentencia en la que se “expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional”.⁴⁵ Con otras palabras, es “aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*”.⁴⁶

Mientras que los *obiter dicta*, llamados por el TC como “razón subsidiaria o accidental”, ha sido definida 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”.⁴⁷ La finalidad de los *obiter dicta* es “proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen... orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que

⁴⁴ Expediente núm. 4119–2005–PA/TC, del 29 de agosto de 2005, foja 12.

⁴⁵ Expediente núm. 0024–2003–AI/TC, citado, primera consideración previa.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*.

los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos”.⁴⁸

Por tanto, todos los fundamentos o razones que anteceden y sustentan un fallo en una sentencia constitucional no tienen un mismo significado, sino que —a decir del TC— es posible diferenciar en ellas la razones suficientes de las razones subsidiarias para adoptar un fallo. Si hay que realizar esta diferenciación, entonces la pregunta que se impone resolver es si uno y otro tipo de razón o fundamento traen también efectos distintos en lo referido a su vinculación para los diferentes operadores jurídicos.

b. Sobre la vinculación de la ratio decidendi

No existe ningún problema para asumir que el fallo de una sentencia constitucional vincula de modo efectivo. Esta vinculación podrá ser con efectos *erga omnes* (sentencia de inconstitucionalidad), o con efectos *inter partes* (sentencias de amparo, hábeas corpus o hábeas data). La verdadera cuestión, sin embargo, se plantea respecto de las fundamentaciones o interpretaciones a través de las cuales se llega al fallo en una sentencia constitucional. Por lo que conviene hacer una referencia general —con las particularizaciones que se harán más adelante— a la naturaleza vinculante de las fundamentaciones o interpretaciones en una sentencia constitucional.

Como ya se dijo, en una sentencia constitucional los fundamentos jurídicos son las llamadas *interpretaciones* por el TC, y ellas se encuentran divididas en *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Tomando en cuenta tanto que la *ratio decidendi* o razón suficiente es la base y a la vez la consideración determinante del contenido y sentido del fallo en una sentencia constitucional, así como que el *obiter dicta* o razón subsidiaria o accidental no son imprescindibles para fundamentar el fallo, entonces se puede concluir pacíficamente que la vinculación de los poderes públicos y de los particulares al fallo de una sentencia en un proceso constitucional, se extiende necesariamente hacia las *ratio decidendi* o razones suficientes, antes que hacia los *obiter dicta*. En efecto, la vinculación y obligatoriedad de cumplimiento predicada del fallo se extiende también a lo que a él se encuentra vinculado de modo estrecho e imprescindible: la *ratio decidendi*. En este mismo sentido se ha manifestado el parecer del TC al manifestar que

⁴⁸ *Idem.*

“[s]on las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*)”,⁴⁹ de modo que “el carácter vinculante de las sentencias de este Tribunal... no sólo se extiende al *fallo*, sino a su *ratio decidendi*, es decir, a aquellas motivaciones y argumentos que le permiten concluir en la decisión final del proceso”.⁵⁰

La vinculación predicada de la interpretación que se contiene en las razones suficientes significará que los poderes públicos, en particular los magistrados del Poder Judicial, no podrán dejar de aplicarla siempre que sea posible hacerlo en los casos futuros que conozcan. Esta vinculación viene estrechamente relacionada a la vinculación que se predica de los *precedentes vinculantes*, por lo que nada más se dirá ahora acerca de la vinculación de la *ratio decidendi* en una sentencia constitucional.

c. Sobre la vinculación del *obiter dicta*

Sin embargo, si la vinculación de los poderes públicos, en particular de los magistrados del Poder Judicial, se predica respecto de las razones suficientes, conviene preguntarse qué es lo que pasa con las razones subsidiarias u *obiter dicta*. Es verdad que, como se acaba de decir, para el TC las razones secundarias no vinculan, ¿significa esto que los poderes públicos pueden actuar al margen de los *obiter dicta*?, en particular, ¿puede significar que los jueces pueden fallar en contra de lo interpretado por el TC en las razones subsidiarias?

Sobre este respecto las manifestaciones del TC se han desenvuelto en la línea de atribuir a los *obiter dicta* un carácter doble. El primero es un carácter meramente orientativo. Así, tiene declarado el TC que los *obiter dicta* “tiene[n] fuerza persuasiva”, “se justifican por *razones pedagógicas u orientativas*”, se presentan como un medio “para *proponer respuestas* a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen” en un proceso constitucional”, y su finalidad “es *orientar la labor operativa* del derecho mediante la manifestación de criterios que *pueden ser utilizados* en la interpretación jurisdiccional”, de modo que “establece un criterio pro persuasivo o admonitorio”.⁵¹

⁴⁹ Expediente núm. 4119–2005–PA/TC, *cit.*, nota 44, foja 12.

⁵⁰ Expediente núm. 0012–2005–PI/TC, del 26 de septiembre de 2005, foja 4.

⁵¹ Expediente núm. 0024–2003–AI/TC, *cit.*, nota 38, primera consideración previa. El énfasis es nuestro.

El segundo carácter pone de manifiesto que a través de los *obiter dicta* es posible predecir la manera como los magistrados del TC han de resolver casos futuros. Así, el TC tiene dicho que los *obiter dicta* “permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables ‘predecir’ o ‘pronosticar’ la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexa al caso donde aparece manifestada” la razón subsidiaria; de esta manera adquieren “‘*vigor convincente*’, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional”.⁵²

Pero ¿cómo es posible reconocer en algo un mero carácter orientativo y a la vez reconocer que permitirá la predictibilidad de futuros fallos? De entrada parece existir una contradicción al momento de reconocer simultáneamente ambos caracteres, debido a que si algo es simplemente orientativo entonces no vincularía, de modo que los magistrados del Poder Judicial podrían aplicarlo o no, y si es posible aplicarlo o no entonces no habría posibilidad de predecir los futuros fallos. Sólo es posible predecir futuras soluciones si de antemano no sólo se sabe una posible respuesta, sino además se sabe que esa posible respuesta y no otra será la adoptada por los jueces debido a que le es vinculante. Se hace necesario, por tanto, encontrar una interpretación que salve esta incongruencia.

Si se parte de la diferenciación entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, y uno y otro se definen tal y como lo ha hecho el TC, entonces no es posible darle a ambos un mismo grado de vinculación. El grado de vinculación dependerá del papel que cada uno de ellos juegue en la sentencia constitucional respecto del sentido del fallo, sobre cuya vinculación y obligatoriedad no existe duda alguna. Siendo vinculante el fallo, esta misma vinculación alcanzaría a todas las razones o fundamentos necesarios y suficientes para formular la decisión en el fallo. Pero esta fuerza vinculante no puede ser la misma para cuando haya que referirla de las razones o fundamentos simplemente accesorios —y por ello innecesarios e insuficientes— de la decisión que se contiene en el fallo, de modo que a éstos se le atribuirá un grado menor de vinculación.

⁵² *Idem*, el énfasis es nuestro.

En referencia particular a los magistrados del Poder Judicial —que es lo que aquí se desea destacar—, los *obiter dicta* al no estar relacionados —al menos no ni directa ni estrechamente— con el fallo en una sentencia constitucional, no le alcanza la vinculación necesaria que le alcanza a la *ratio decidendi*. Y si no le alcanza, la consecuencia obligada es que el magistrado del Poder Judicial que deba resolver casos futuros podrá aplicar o no el *obiter dicta*. Si el *obiter dicta* no vincula de modo necesario pero sí orienta y persuade la actividad jurisdiccional, entonces, el juez que deba resolver litis futuras podrá desmarcarse del *obiter dicta*. Pero si no se exige ningún requisito para hacer posible este desmarque, entonces el *obiter dicta* no es que vincule en un grado menor que la *ratio decidendi*, sino que sencillamente no tendría ningún grado de vinculación, contraviendo con ello —por ejemplo— el tercer párrafo del artículo VI CPC que obliga a tomar en consideración todas las interpretaciones del TC, tanto las que se localicen en las razones suficientes como las que se ubiquen en las razones subsidiarias. Sobre este tercer párrafo del mencionado artículo se volverá más adelante.

Por esta razón el mencionado desmarque de la interpretación contenida en un *obiter dicta* sólo estará permitido si y sólo si existe y además se presenta una argumentación constitucionalmente válida para ello.⁵³ Si ésta argumentación no existe o es manifiestamente insuficiente o existiendo el juez no la presenta ni justifica su aplicación en una litis concreta,⁵⁴ entonces estará obligado a seguir el *obiter dicta*. Esta facultad de seguir o no el camino trazado por un *obiter dicta* se condice con el carácter orientativo y persuasivo que del mismo ha reconocido el TC; y la exigencia de una argumentación constitucionalmente válida para no seguir el criterio marcado por el *obiter dicta* se condice con el reconocimiento con un grado de vinculación —aunque de intensidad menor al de la *ratio decidendi*— de los *obiter dicta*. De esta manera la vinculación (y la conse-

⁵³ Dos reglas generales de la argumentación jurídica pueden recordarse aquí: “(J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 28, p. 265.

⁵⁴ Esta justificación “supone no sólo la explicación ordinaria de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, sino que incluye una exigencia suplementaria de justificación del apartamiento del criterio anterior”. Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 39 y 40.

cuenta predictibilidad de los fallos) no es una de tipo absoluta como ocurre con la *ratio decidendi* o razón suficiente, sino más bien una de tipo relativa, pues dependerá de la existencia o no de una argumentación mejor y constitucionalmente válida.

Esta posibilidad de apartarse de un *obiter dicta* no significará socavar el carácter de Supremo intérprete que tiene atribuido el TC, y no lo significará al menos por las dos siguientes razones. Primera porque ha sido el mismo TC quien ha distinguido la *ratio decidendi* del *obiter dicta*; segunda, porque ha sido también el TC quien ha reconocido en el *obiter dicta* sencillamente una fuerza persuasiva o vigor convincente; tercero porque consecuencia necesaria de su carácter persuasivo u orientativo es abrir las puertas al juzgador del Poder Judicial a una argumentación distinta y, consecuentemente, a una aplicación o no del *obiter dicta* en una litis concreta futura; y —en fin— en cuarto lugar, porque el *obiter dicta* —como ha reconocido el mismo TC— tiene más que ver con cuestiones pedagógicas y doctrinales antes que con el significado o contenido constitucional de un dispositivo de la Constitución. Pero no sólo no significa socavar el carácter de supremo intérprete que tiene atribuido el TC, sino que además se condice perfectamente tanto con el carácter de independencia que constitucionalmente se ha reconocido al ejercicio de la actividad jurisdiccional (artículo 139.2 CP) que no permite convertir al juez en boca muerta de los criterios interpretativos formulados por el TC, como con la posición constitucional del juez como comisionado menor del Poder Constituyente en el Perú.⁵⁵

d. El encargado de realizar la diferenciación

Si los fundamentos o razones en una sentencia constitucional se han de dividir en razones suficientes o *ratio decidendi* y razones subsidiarias u *obiter dicta*, una cuestión adicional es la referida a determinar quien es el encargado de diferenciar unas razones de otras. Nada nos dice al respecto las normas pertinentes, sin embargo, si reparamos en que la sentencia constitucional contiene el juicio que sobre un asunto —concreto o ge-

⁵⁵ Sobre el papel de comisionado menor del Poder Constituyente que se le atribuye a los jueces del Poder Judicial en el Perú, *cfr.* Castillo Córdova, Luis, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2006, t. II, pp. 899-901.

neral— realiza el TC, entonces, se podría advertir que éste es el órgano que tendría que tener el encargo de separar las razones suficientes de las razones subsidiarias. Nadie mejor que él que es quien formula la decisión para determinar lo que ha influido y constituye la motivación imprescindible de su fallo y lo que no. Sin embargo, junto a esta innegable aptitud del TC para diferenciar unas razones de otras, existe otra situación igualmente innegable: la sentencia una vez emitida por el TC adquiere independencia y autonomía respecto de éste, de modo que la sentencia será interpretada y aplicada por los operadores jurídicos —en particular por los jueces del Poder Judicial— en casos o litis posteriores a aquella que dio origen a la sentencia constitucional.

Esta doble constatación permite afirmar la siguiente regla: en los casos en los que el TC haya establecido que determinadas razones son razones suficientes o *ratio decidendi*, esas valdrán como tales y vincularán a los operadores jurídicos, en particular a los jueces del Poder Judicial; si, por el contrario, el TC no ha manifestado nada al respecto en su sentencia constitucional, entonces será el operador jurídico —en particular los jueces del Poder Judicial— los encargados de establecer cuales han sido las razones suficientes que constituyen la base del fallo.

A esta regla se han de agregar, sin embargo, dos afirmaciones complementarias. La primera es que una de las maneras que tiene el TC de establecer las razones suficientes es a través de la figura de los precedentes vinculantes; sobre esto no se dirá nada más por ahora, pues su estudio se abordará con amplitud más adelante. Y la segunda es que en una sentencia en la que el TC no haya expresamente diferenciado entre razones suficientes y razones accesorias, le corresponde decidir al juez del Poder Judicial.⁵⁶ Obviamente, si en el futuro el TC vuelve a manifestarse sobre un mismo asunto y reitera su jurisprudencia esta vez estableciendo la *ratio decidendi* —por ejemplo a través de los precedentes vinculantes—,

⁵⁶ En este contexto, me parece, debe ser interpretada la siguiente afirmación: “la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente. Esta es una consideración básica que se deriva de la estructura del derecho como una praxis jurídica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores... De este modo, sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cual fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla al caso actual”. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 179.

entonces lo así establecido vinculará a todos los operadores jurídicos, incluidos los jueces del Poder Judicial.

e. Base objetiva para realizar la diferenciación

Establecido quien ha de ser el encargado de realizar la diferenciación entre razones suficientes y razones subsidiarias en una sentencia constitucional, queda por saber si existe o no algún elemento objetivo para realizar la diferenciación, o por el contrario, al no existir ha de quedar todo en manos de la arbitrariedad del encargado de realizarla. De entrada, esta posibilidad de arbitrariedad debe quedar negada porque en definitiva la vinculación a lo jurídico —que es de lo que se trata en último término— no puede ser fruto de la mera arbitrariedad. Esta afirmación se ve confirmada por el hecho de que es posible formular al menos un criterio objetivo para realizar la diferenciación: la intensidad de la relación entre el fundamento jurídico que ha de ser considerado como *ratio decidendi* con la decisión contenida en el fallo de la sentencia constitucional.

En efecto, ante la cuestión de cómo se formula la distinción entre razones subsidiarias y razones accesorias, la respuesta debe formularse tomando en consideración las definiciones que de unas y otras ha manifestado el TC y que han sido puestas de manifiesto líneas arriba. Lo determinante en la diferenciación entre unas y otras es el tipo de relación que tengan con la decisión contenida en el fallo. Si la relación es necesaria, de modo que la decisión hubiese tenido otro contenido y sentido si faltase esa razón o fundamento, entonces la razón es una razón suficiente o *ratio decidendi*. Si, por el contrario, la relación es sólo accidental y prescindible para configurar el contenido del fallo, entonces la razón o fundamento es una de tipo subsidiaria u *obiter dicta*. Utilizando expresiones del TC antes mencionadas, en el primer caso la razón se convierte en la base de la decisión, en la consideración determinante para la decisión, en la regla indispensable y justificante para resolver la litis; en el segundo caso, la razón es una mera reflexión marginal y aleatoria prescindible totalmente para fundamentar la decisión, que normalmente tiene una finalidad pedagógica u orientativa.

El contenido de este elemento objetivo para realizar la diferenciación es posible encontrarla también en el derecho constitucional comparado. Así, por ejemplo, en el ordenamiento constitucional español, el Tribunal Constitucional ha manifestado respecto de la *ratio decidendi* que es el “argu-

mento decisivo... del fallo”,⁵⁷ “la causa esencial”,⁵⁸ la “base determinante”,⁵⁹ “el soporte único o básico”,⁶⁰ “los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”.⁶¹ Mientras que respecto del *obiter dicta* ha referido que se trata de “declaraciones secundarias o alejadas de la *ratio decidendi*”,⁶² “careciendo de relevancia para la fundamentación del fallo”,⁶³ es decir, un razonamiento “sin trascendencia en el fallo”,⁶⁴ que “carece de entidad para fundamentar” una decisión”,⁶⁵ en definitiva se trata de

los argumentos adyacentes que coadyuvan, en mayor o menor medida, al fundamento principal o *ratio* de la decisión final o fallo... [que] se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo... [S]on opiniones del juez o tribunal con propia eficacia y si no integran la cosa juzgada (ésta se configura en el fallo y su fundamento determinante), sí valen como valoraciones jurídicas del Tribunal y, constituyen, en cierto modo y buena medida, antecedentes dotados de *auctoritas*.⁶⁶

Sin duda ninguna que plantear —como ha hecho el TC— una diferenciación entre razones suficientes y razones accesorias coloca al operador jurídico en una situación complicada, al punto que no ha faltado quien en buena cuenta se incline por la intrascendencia de esta diferenciación y afirme que tanto unas como otras razones vinculan de un mismo modo en la práctica.⁶⁷ Sin embargo, al haber sido formulada y admitida por el TC no cabe otra cosa que asumirla e intentar encontrar su acomodo en la dinámica constitucional, y a ese intento se pasa inmediatamente.

⁵⁷ STC 48/1983, del 31 de mayo, foja 2.

⁵⁸ STC 109/1985, del 8 de octubre, foja 8.

⁵⁹ STC 11/1991, del 17 de enero, foja 3.

⁶⁰ STC 109/2006, del 3 de abril, foja 3.

⁶¹ STC 302/2006, del 23 de octubre, foja 3.

⁶² STC 76/1990, del 26 de abril, foja 8.

⁶³ STC 172/2004, del 18 de octubre, foja 6.

⁶⁴ STC 8/2004, del 9 de febrero, foja 9.

⁶⁵ STC 47/2001, del 15 de febrero, foja 6.

⁶⁶ STC 6/1991, del 15 de enero, foja 4.

⁶⁷ Se ha escrito respecto del ordenamiento constitucional español que “me parece igualmente criticable la distinción entre la *ratio decidendi* —razonamientos principales— y *obiter dicta* —razonamientos incidentales— porque en la realidad forense se trata de una frontera demasiado sutil e imposible de delimitar. En todo caso se trata de una discusión estéril”. Lafuente Balle, José Ma., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex, 2000, p. 103.

III. LOS PRODUCTOS INTERPRETATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *A partir del segundo párrafo del artículo VI CPConst.: respecto de los procesos de inconstitucionalidad*

A. Vinculación al fallo

Puestos de manifiesto estos puntos de partidas es posible ya entrar al análisis de los artículos VI y VII, CPC, que —como se dijo antes— contienen la principal regulación acerca de los productos interpretativos en la jurisprudencia del TC. Tres situaciones son las reguladas en estos dos preceptos legales. La primera está referida a la jurisprudencia del TC que se obtiene a través de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad, y se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo VI CPC en el que se dispone la obligación a los jueces de no dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Aquí sólo interesa hacer la referencia a los procesos de inconstitucionalidad y no a los procesos de acción popular porque estos últimos no llegan a ser conocidos por el TC en ningún supuesto.

Como se sabe, con la demanda de inconstitucionalidad que se presenta y resuelve en el seno del TC, se solicita a éste que examine en abstracto la constitucionalidad de una norma con rango de ley. Éste Tribunal puede resolver declarando la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, o por el contrario, puede declarar y confirmar su constitucionalidad. Si el TC declara lo primero, el precepto legal encontrado inconstitucional queda sin validez jurídica (artículos 103 y 204 CP), es decir, es expulsado del ordenamiento jurídico y no podrá ser invocado ni aplicado por ningún operador jurídico en ningún caso. Si, por el contrario, se declara lo segundo, el precepto cuestionado queda confirmado en su constitucionalidad, de modo que ninguna autoridad ni ningún particular podrá dejar de aplicarlo en cualquier caso futuro. En especial referencia a los jueces del Poder Judicial, en el segundo párrafo del artículo VI CPC, se ha previsto que éstos no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad.

dad.⁶⁸ Consecuentemente, ya sea declarada fundada o infundada una demanda de inconstitucionalidad, lo cierto es que la sentencia en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de publicación (artículos 204 CP y 82 CPC). En palabras del TC, estas sentencias “tienen efectos de: a) fuerza de ley; b) cosa juzgada; y c) aplicación vinculante a los poderes públicos”.⁶⁹

Planteado así este primer producto jurisprudencial del TC, es claro que está referido al fallo de las sentencias que resuelven los procesos de inconstitucionalidad. En efecto, en el fallo de estas sentencias se declara fundada la demanda o infundada la demanda de inconstitucionalidad, con la consecuente nulidad del precepto legal o, por el contrario, con la consecuente confirmación de su constitucionalidad. Este fallo tendrá efectos generales, es decir, efectos *erga omnes*, en tanto que el examen de constitucionalidad del precepto cuestionado se realiza no en función de las circunstancias de un caso concreto, sino más bien a través de un juicio general y abstracto de la constitucionalidad propio de la justicia constitucional concentrada. Esto quiere decir que todos los operadores jurídicos, y en particular los jueces del Poder Judicial, están vinculados de modo general al fallo de una sentencia de inconstitucionalidad.

B. Vinculación a los fundamentos jurídicos

Si es incuestionable que los operadores jurídicos, en particular los jueces del Poder Judicial, están vinculados al fallo en una sentencia de inconstitucionalidad, la pregunta que conviene formular ahora es si la vinculación se circunscribe sólo al fallo o por el contrario es posible extenderla a otras partes de la sentencia, en particular a la llamada por el TC como *interpretaciones* que son los fundamentos jurídicos de la misma. Como se sabe, de modo general puede afirmarse que la actividad de enjuiciamiento que desarrolla el TC en una demanda de inconstitucionalidad se desenvuelve, primero, a través de los argumentos o fundamentos jurídicos; y segundo, a través de la emisión del fallo. Argumentación y

⁶⁸ De esta manera, la imposibilidad de inaplicar una norma confirmada en su constitucionalidad en un proceso de inconstitucionalidad configura un límite efectivo al ejercicio del llamado control difuso de la constitucionalidad por parte de los magistrados del Poder Judicial (artículo 103 CP).

⁶⁹ Expediente núm. 00053-2004-PI/TC, de 16 de mayo de 2005, foja V.

fallo son dos realidades necesariamente vinculadas: no existe fallo sin argumentación previa; y la argumentación sólo tiene sentido en la medida que se arriba a un fallo.

2. Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de la ley

Esta estrecha vinculación exige considerar que los operadores jurídicos —en particular los magistrados del Poder Judicial— no sólo están vinculados al fallo en una sentencia de inconstitucionalidad, sino también a los fundamentos jurídicos. De estos fundamentos, y como ya se argumentó anteriormente, la vinculación necesaria recaerá sobre las razones suficientes o *ratio decidendi*, y no sobre las razones subsidiarias u *obiter dicta* sobre las que recae una vinculación relativa. Esta vinculación necesaria jugará un papel más importante respecto de la confirmación de la constitucionalidad de un precepto legal, que respecto de su declaratoria de inconstitucionalidad. Así, si un precepto legal ha sido cuestionado a través de una demanda de inconstitucionalidad ante el TC, y éste ha fallado que el precepto cuestionado vulnera la Constitución, ese precepto legal pierde su validez jurídica y es expulsado del ordenamiento jurídico. Los operadores jurídicos no tendrán nada que interpretar, sencillamente se han de limitar a no aplicar algo que no tiene validez jurídica.

Por ejemplo, cuestionada la constitucionalidad de los artículos 38.1⁷⁰ y 39⁷¹ de la Ley 27153, ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, el TC los declaró inconstitucionales con base en la siguiente justificación:

conforme se desprende de la regulación conjunta de los artículos 38.1 y 39 de la ley, la alícuota del impuesto asciende al 20%... Considerando además, y conjuntivamente, que la alícuota del impuesto parece ser excesiva, que recae sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de las utilidades y que no es considerado, el monto pagado, co-

⁷⁰ En este precepto se disponía que “[l]a base imponible del impuesto está constituida por la ganancia bruta mensual proveniente de la explotación de los juegos de casino y de máquinas tragamonedas, entendiéndose por tal a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes”.

⁷¹ El artículo 39 establecía que “[l]a alícuota del impuesto, tanto para la explotación de juegos de casino como de máquinas tragamonedas, será el 20% (veinte por ciento) de la base imponible indicada en el artículo anterior”.

mo pago a cuenta del impuesto a la renta, *debe concluirse que el gravamen presenta una vocación confiscatoria del capital invertido, prohibida por la Constitución*.⁷²

Esta justificación, que constituiría lo que el TC llama razón suficiente, si bien es el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1 y 38 de la Ley 27153, en realidad es indiferente a la hora de interpretar el significado y contenido del fallo que —en buena cuenta— es la derogación de los mencionados preceptos legales. Estos preceptos pierden validez para el ordenamiento jurídico y, por ello, ningún poder público y ningún particular podrá invocarlos al margen de cual haya sido la razón suficiente que lo justifique. Sin embargo, el criterio hermenéutico contenido en esta razón suficiente sí servirá —y en este sentido debe interpretarse su vinculatoriedad— para sujetar la conducta de los poderes públicos frente a situaciones semejantes futuras. Así, por ejemplo, para el Legislativo es vinculante que en el futuro no podrá aprobar un precepto legal con el mismo contenido para las empresas que exploten juegos, casinos y máquinas tragamonedas y en general para cualesquiera otras empresas,⁷³ igualmente le es vinculante que en el futuro no pueda establecer un impuesto cuya base imponible sea la ganancia bruta mensual sin las deducciones razonables de los gastos en los que se incurra para generar las ganancias o utilidades.⁷⁴

Teóricamente nada impediría que en el futuro el Parlamento peruano aprobase un texto incluso igual al declarado inconstitucional por el TC. Sin duda que una nueva demanda de inconstitucionalidad terminaría con un fallo del TC anulando el nuevo precepto legal, pero mientras ello ocurriese —y en virtud de la facultad de control difuso que tiene atribuida los jueces— los empresarios que explotasen los juegos, casinos y tragamonedas podrían interponer demandas constitucionales (de amparo, por

⁷² Expediente núm. 0009-2001-AI/TC, del 29 de enero de 2002, foja 16. El énfasis es nuestro.

⁷³ Y es que “mientras el legislador puede modificar libremente sus propias normas, no puede, sin embargo, modificar esas normas en un sentido contrario a la jurisprudencia del tribunal constitucional”. Balaguer Callejón, Francisco, “Tribunal Constitucional y creación del derecho”, *op. cit.*, nota 23, p. 385.

⁷⁴ El legislador peruano en sustitución del artículo 38.1 de la Ley 27153 declarado inconstitucional, aprobó posteriormente el siguiente texto: “La base imponible del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas está constituida por la diferencia entre ingreso neto mensual y los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas y medios de juego de casinos” (artículo 17 de la Ley 27796).

ejemplo) a fin de obtener del juez una declaración de inconstitucionalidad al caso concreto con la consiguiente inaplicación del precepto legal. De presentarse esta demanda, el juez estaría obligado a inaplicar una ley posterior que tuviese el mismo contenido que el precepto declarado inconstitucional en un previo proceso de inconstitucionalidad, y lo hará precisamente con base en las fundamentaciones suficientes dada por el TC. De igual forma, el juez estaría obligado a inaplicar por inconstitucionales aquellas otras normas que sin tener un contenido igual al precepto declarado inconstitucional, plantea una situación contraria a lo que sería las razones suficientes en la sentencia de inconstitucionalidad: crear un tributo confiscatorio o por no permitir deducir gastos en los que se incurre para obtener una utilidad, o por prever una alícuota de impuesto excesivo. Obviamente, en este último caso, el juez mantiene su plena capacidad para determinar si se encuentra o no ante un caso semejante al caso que dio origen a la razón suficiente o *ratio decidendi* establecida en la sentencia de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, en las sentencias de inconstitucionalidad declaradas fundadas por el TC, la vinculación a los fundamentos del fallo es irrelevante a efectos de no aplicar un dispositivo legal declarado inconstitucional con efectos derogatorios. Sin embargo, esa vinculación mantiene su relevancia para aquellas situaciones en las que produciéndose una misma o semejante agresión por la aprobación de un mismo o semejante dispositivo legal al declarado inconstitucional, los jueces del Poder Judicial se disponen a declarar la inaplicación en un caso concreto del dispositivo legal aún no declarado inconstitucional.

3. Cuando la sentencia confirma la constitucionalidad de la ley

Algo diferente ocurre cuando una demanda de inconstitucionalidad es declarada infundada y, con ello, queda confirmada la constitucionalidad del precepto legal cuestionado. En este caso la *ratio decidendi* juega un papel más decisivo porque el precepto cuestionado no queda invalidado y expulsado del ordenamiento jurídico, sino que se confirma su constitucionalidad y consecuente vigencia, por lo que es necesario saber con cual significado y alcance la mantiene. Es así que cuando se examina la constitucionalidad de un precepto legal a través de una demanda de inconstitucionalidad, se examina siempre con referencia a determinados preceptos de la Constitución, e incluso normalmente el TC se limita a analizar

la constitucionalidad de una ley respecto de las disposiciones de la Constitución invocadas por la parte demandante. Esto significa que si el TC declara que un precepto legal es constitucional, lo que está declarando es que ese precepto es compatible con el o los preceptos de la Constitución que han servido para examinar su constitucionalidad; no significa que el precepto legal sea constitucional siempre y en todo caso, pues puede perfectamente resultar siendo inconstitucional respecto de otros preceptos de la Constitución ni invocados ni aplicados como parámetros de control en el juicio de constitucionalidad que realice el TC. Consecuentemente, en casos posteriores el juez del Poder Judicial podrá inaplicar al caso concreto un precepto legal que habiendo sido declarado constitucional por el TC en una demanda de inconstitucionalidad, lo ha sido en referencia a dispositivos de la Constitución distintos a los que sustentan la inaplicación del precepto legal a un caso concreto.

Por ejemplo, en la demanda de inconstitucionalidad referida en el ejemplo anterior se cuestionó también la constitucionalidad del artículo 5.1⁷⁵ de la Ley 27153 por considerar que este precepto vulneraba la autonomía administrativa de los gobiernos locales recogida en el artículo 191 CP.⁷⁶ El TC declaró infundada la demanda en este punto, y con ello confirmó la constitucionalidad del artículo 5.1 debido a que ésta disposición “no tiene por propósito sustituir o alterar los planes de zonificación que cada gobierno local pueda establecer, sino únicamente identificar a los distritos en cuya jurisdicción se puede autorizar la explotación de los juegos de casinos, quedando a salvo, por tanto, la facultad de los gobiernos locales para establecer sus planes de zonificación de acuerdo a ley”.⁷⁷ Esta confirmación de constitucionalidad no ha ocurrido con respecto de todas las normas de la Constitución, sino que sólo ha ocurrido respecto

⁷⁵ Se establecía en este precepto legal que “[l]a explotación de juegos de casino sólo se puede realizar en establecimientos ubicados en los distritos autorizados mediante resolución suprema refrendada por el ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, para lo cual se tomará en cuenta además de la infraestructura turística existente, razones de salud, de moral y de seguridad pública”.

⁷⁶ Se establece en el artículo 191 CP que “[l]as municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas. Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cinco años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable pero irrenunciable. Gozan de las prerrogativas que señala la ley”.

⁷⁷ Expediente núm. 0009-2001-AI/TC, *cit.*, nota 72, foja 1.

del mencionado artículo 191 CP. Consecuentemente, la confirmación de constitucionalidad respecto del precepto legal no significa que los magistrados del Poder Judicial no pueden evaluar la constitucionalidad del artículo 5.1 si hubiesen tenido que aplicarlo a un caso concreto. Lo hubiesen podido hacer si la inconstitucionalidad se argumenta respecto de otros dispositivos de la Constitución distintos del artículo 191 CP, e incluso, aunque hubiese sido invocado este dispositivo constitucional pero por un apartado distinto a la autonomía administrativa de las municipalidades ahí reconocida.

Por tanto, en los casos en los que el TC declara infundada una demanda de inconstitucionalidad, no basta con saber que un precepto legal ha sido declarado constitucional a través de una demanda de inconstitucionalidad. Se requiere también acudir a la razón suficiente (*ratio decidendi*) para determinar el alcance y significado de la confirmación de constitucionalidad. Y es que, se ha de insistir, un dispositivo legal declarado constitucional lo es en referencia a determinado parámetro de constitucionalidad, por lo que podrá ser inconstitucional en referencia a otro distinto.

4. *A partir del artículo VII CPC los precedentes vinculantes*

La segunda situación viene regulada por el artículo VII CPC y está referida al resto de procesos constitucionales que conoce el TC ya sea en instancia única (proceso competencial) o instancia última (amparo, hábeas corpus y hábeas data). En estos procesos constitucionales, según el mencionado precepto legal las sentencias del TC que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, a través de su parte resolutive, tal y como lo ha interpretado el TC.⁷⁸ En estos procesos constitucionales el TC tiene que resolver una controversia definida por unas concretas circunstancias. Se trata de procesos en los que se discute si un determinado comportamiento público o privado ha infringido el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En este enjuiciamiento, el TC puede fallar declarando fundada o in-

⁷⁸ Ha manifestado el TC que “resulta importante recordar al órgano jurisdiccional que por disposición del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias expedidas por este Tribunal, constituyen precedente vinculante cuando así se exprese resolutive”, expediente núm. 2522-2005-PHC/TC, del 9 de junio de 2005, foja 12.

fundada la demanda constitucional según haya encontrado o no violación de un derecho fundamental. Si bien la decisión resolverá una controversia en unas circunstancias concretas y por ello estará llamada a afectar sólo a las partes del proceso, el TC podrá dar valor general (con efectos *erga omnes*) a los fundamentos de la sentencia siempre que los formule como precedentes vinculantes.

A. Significado del precedente vinculante

Varias cuestiones se pueden plantear en este punto. La primera de ellas es determinar qué significan los precedentes vinculantes. El TC ha reconocido para sí mismo dos funciones básicas: “por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros”.⁷⁹ Según esta declaración, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho la formula el TC a través de los precedentes vinculantes a los que se refiere el artículo VII Código Procesal Constitucional. Los precedentes, en este contexto, aparecen “como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.⁸⁰

De modo que se entiende perfectamente que el mismo TC haya definido el precedente vinculante como

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 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.⁸¹

⁷⁹ Expediente núm. 3741-2004-AA/TC, *cit.*, nota 39, foja 36.

⁸⁰ Expediente núm. 0024-2003-AI/TC, *cit.*, nota 38, primera consideración previa.

⁸¹ *Idem.*

Así, por ejemplo, en el fallo de la sentencia al expediente núm. 1417-2005-AA/TC, se estableció como precedente vinculante una serie de lineamientos que definen el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión reconocido en el artículo 11 CP, de manera que todas las pretensiones de amparo que no se ajustaban a estos lineamientos deberían ser declaradas improcedentes. Así declaró el TC:

los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el fundamento 37 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.⁸²

A partir de la emisión de este fallo, ha ocurrido que todas aquellas demandas constitucionales en las que se invocaba violación del derecho fundamental a la pensión, han sido resueltas con base en este precedente vinculante. Ha ocurrido como si hubiese sido aprobada una ley de desarrollo constitucional del artículo 11 CP, con un contenido igual al contenido del precedente vinculante; de modo que en todos los casos de amparo referidos a este asunto, el juez constitucional ha invocado el precedente ya sea para otorgar⁸³ o para negar el amparo constitucional.⁸⁴

⁸² Expediente 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio de 2005, punto 4 del fallo.

⁸³ En un reciente pronunciamiento del TC sobre una demanda de amparo referida al contenido constitucional del derecho de pensión, otorgó la protección constitucional luego de advertir que al asunto caía dentro de uno de los lineamientos del contenido constitucional del derecho a la pensión establecidos en el referido fundamento 37. En el caso, antes de proceder a examinar si el demandante cumplía con los requisitos legales para el incremento de la renta vitalicia por enfermedad profesional, manifestó el TC que “[e]n atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del título preliminar y los artículos 5o., inciso 1, y 38 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que, en el presente caso, aun cuando la demanda cuestiona la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso (grave estado de salud del demandante), a fin de evitar consecuencias irreparables”. Expediente núm. 10035-2005-PA/TC, del 29 de marzo de 2007, foja 1.

⁸⁴ Por sólo hacer referencia a un caso recientemente resuelto por el TC, éste ha manifestado que “de acuerdo con los criterios de procedencia establecidos en el fundamento

Por lo tanto, a través del precedente vinculante referido a una norma iusfundamental, el TC formula una determinación o concreción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, de modo que el juez se vincula al precedente como si se vinculase a la Constitución misma.

B. Ratio decidendi y *precedente vinculante*

La segunda cuestión es determinar si cualquiera de los fundamentos previos al fallo en una sentencia constitucional pueden ser constituidos como precedentes vinculantes por el TC, o por el contrario, se ha de considerar algunas limitaciones. Tal y como viene redactado el artículo VII CPC, podría concluirse que el TC tiene plena libertad para determinar cual o cuales de los criterios interpretativos manifestados en una sentencia constitucional podrán ser establecidos y declarados como precedentes vinculantes. De modo que aunque se parta de la distinción entre razones suficientes o *ratio decidendi* y razones subsidiarias u *obiter dicta*, lo cierto sería que el TC tiene plena libertad para con base en unos o con base en otros formular el precedente vinculante.

Sin embargo, el TC parece haberse decantado por una interpretación más restrictiva, por la cual los precedentes vinculantes sólo podrían formularse de las *ratio decidendi* y no de los *obiter dicta*. En referencia a las *ratio decidendi* tiene dicho el mencionado Tribunal que se trata “del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante”.⁸⁵ De esto se puede concluir que de las *ratio decidendi* se pueden formular precedentes vinculantes.

Adicionalmente, que estos sólo pueden ser consecuencia de *ratio decidendi* y no de *obiter dicta* queda confirmado cuando el TC afirma que una de las condiciones que sustenta el uso del precedente vinculante es la existencia de relación estrecha entre el caso y el precedente vinculante.

37 de la sentencia precitada [expediente núm. 1417-2005-AA/TC], que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con el artículo VII del título preliminar y los artículos 5o., inciso 1 y 38 del Código Procesal Constitucional, se determina que en el caso de autos, la pretensión de la parte demandante no se encuentra comprendida dentro del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión”. Expediente núm. 04806-2006-PA/TC, del 29 de marzo de 2007, foja 3.

⁸⁵ Expediente núm. 0024-2003-AI/TC, *cit.*, nota 38, primera consideración previa.

Así, la regla que se establece a través del precedente vinculante “debe ser *necesaria para la solución* del caso planteado... El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra *ligada directamente con la solución* del mismo”.⁸⁶ De esto se concluye que los precedentes vinculantes sólo pueden formularse de aquellas razones necesaria y directamente ligadas con el fallo, es decir, sólo pueden formularse desde las *ratio decidendi*. Aquellas otras razones ni necesaria ni directamente relacionada con el fallo, —es decir, los *obiter dicta*— por propia definición no pueden servir de base para la formulación de un precedente vinculante tal y como lo ha previsto el artículo VII CPC.

Y no puede ser de otra forma cuando, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el TC ha definido el *obiter dicta* o razón subsidiaria reconociéndole simplemente un valor orientativo o persuasivo. No habría sido posible, no al menos sin incurrir en una grave incoherencia, atribuir este carácter persuasivo u orientativo a los *obiter dicta* y a la vez afirmar que sirven de base para establecer precedentes vinculantes. De modo que si una razón considerada subsidiaria o accidental no merece un simple carácter persuasivo, sino que por el contrario permite —y exige— reconocerle un carácter vinculante a través de la figura de los precedentes vinculantes, entonces lo más probable es que esa razón no sea una razón subsidiaria sino una razón suficiente. Por tanto, los precedentes vinculantes sólo podrán ser declarados como tales desde las *ratio decidendi* o razones suficientes para el fallo, y no desde los *obiter dicta* o razones subsidiarias.

C. *Razón suficiente declarada precedente vinculante
y razón suficiente no declarada precedente vinculante*

Llegados a este punto es posible plantear una tercera cuestión. Si las razones suficientes o *ratio decidendi* tienen, por ser tales, un efecto vinculante, ¿no resulta siendo una inútil redundancia el mecanismo de los precedentes vinculantes previstos en el artículo VII CPC? Es decir, ¿cuál sería la diferencia entre una razón suficiente o *ratio decidendi* no declarada como precedente vinculante y una razón suficiente o *ratio decidendi*

⁸⁶ *Idem*, el énfasis es nuestro.

si declarada precedente vinculante en una sentencia constitucional? Pareciera ser que la previsión del mecanismo de los precedentes vinculantes es vana, de modo que la situación no cambiaría demasiado si no hubiese sido prevista. En efecto, pareciera ser que una razón suficiente vincularía igualmente a los operadores jurídicos por ser una *ratio decidendi* y al margen de lo previsto en el artículo VII CPC. Esto se vería reforzado más aún si se toma en cuenta que frente a la existencia de un caso semejante a aquel que dio origen tanto a la razón suficiente no declarada como precedente vinculante como a la razón suficiente declarada como precedente vinculante, el operador jurídico —en particular los jueces del Poder Judicial— no puede resolver el caso semejante si no es aplicando la razón suficiente o *ratio decidendi*, haya o no sido declarada como precedente vinculante.

Sin embargo, es posible argumentar en contra de esta primera impresión. Para ello es necesario empezar reconociendo que en una sentencia constitucional los fundamentos jurídicos no aparecen agrupados en fundamentos que son razones suficientes y fundamentos que son razones subsidiarias. Una vez que el TC emite una sentencia será el juez en particular quien determine cuáles de las razones que conforman los fundamentos son razones suficientes o *ratio decidendi* y cuáles no. Con base en este reconocimiento es posible argumentar que si una razón suficiente es declarada por el TC como precedente vinculante en una sentencia constitucional, entonces se generan las dos siguientes consecuencias que no se generarían de no haberse producido tal declaración. La primera es que si bien es cierto será el juez (el operador jurídico en general) que posteriormente conoce de un caso semejante al que dio origen al precedente vinculante quien deba determinar cuáles razones de los fundamentos de la sentencia constitucional son las suficientes (*ratio decidendi*) y cuales son las subsidiarias (*obiter dicta*), no podrá dejar de considerar como razón suficiente aquellas que hayan sido declaradas como precedente vinculante por el TC en una sentencia constitucional. Así, cuando el TC establece un criterio interpretativo como precedente vinculante, lo que está haciendo es diciéndole a los operadores jurídicos que los precedentes así declarados no pueden dejar de ser considerados como razones suficientes o *ratio decidendi*. Estos operadores podrán encontrar otras razones suficientes, pero no podrán obviar como tales las declaradas como precedente vinculante.

Correlativamente, y esta es la segunda consecuencia, los efectos de una razón suficiente declarada como precedente vinculante será necesariamente la de una *regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos*, consecuencia no necesaria en las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en una sentencia constitucional. En efecto, la regla general es que en los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, el fallo y las razones estrechamente vinculadas a él (las razones suficientes o *ratio decidendi*) sólo vinculan a las partes en el proceso, de modo que no alcanza a todos los justiciables.⁸⁷ Si no fuese posible declarar algunas razones como precedente vinculante, entonces, no sería posible ir más allá de los efectos *inter partes* propios de una sentencia en estos procesos constitucionales. En este sentido, la diferencia entre jurisprudencia constitucional (razones suficientes o *ratio decidendi* y razones subsidiarias u *obiter dicta*) y precedente vinculante es que “el Tribunal [Constitucional], a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”.⁸⁸

Por lo tanto, no ha sido una redundancia innecesaria la previsión legal del artículo VI CPC, sino que una razón suficiente declarada como precedente vinculante tiene una doble consecuencia que no tiene la razón suficiente no declarada precedente vinculante: primero, que el juez del poder judicial no podrá dejar de considerarla como *ratio decidendi*, con los consecuentes efectos vinculativos; y segundo, que se le habrá atribuido una eficacia *erga omnes*.

D. Procesos constitucionales y precedente vinculante

La cuarta cuestión que puede plantearse es la de determinar en las sentencias de cuales procesos constitucionales es posible establecer un criterio interpretativo como precedente vinculante. Tal y como ha sido redactado el artículo VII CPC, no habría inconveniente en reconocer que el TC tiene la facultad de establecer precedentes vinculantes respecto de todos los procesos constitucionales que tuviese que conocer. Ello debido a que el mencionado precepto se refiere a “sentencias del TC”, sin distin-

⁸⁷ Expediente núm. 00053-2004-PI/TC, *cit.*, nota 69, foja V.

⁸⁸ Expediente núm. 3741-2004-AA/TC, *cit.*, nota 39, foja 43.

guir el proceso constitucional del cual provengan. Alguna duda, sin embargo, podría plantearse respecto de la sentencia en un proceso de inconstitucionalidad. Y la duda iría referida no tanto a la posibilidad o no del TC de establecer una *ratio decidendi* como precedente vinculante en un proceso de inconstitucionalidad, que sin duda la tiene, sino más bien iría referida a cuestionar su utilidad.

En efecto, si se tiene en cuenta que el fallo en una sentencia de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes* con el contenido que fue comentado anteriormente, y que las razones suficientes van estrechamente ligadas al fallo, de modo que la virtualidad *erga omnes* también es predicable de ellas, entonces siempre toda razón suficiente o *ratio decidendi* en una sentencia de inconstitucionalidad tendrá atribuido el carácter *erga omnes*, es decir, el carácter —ya reiterado antes— de *regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos*. Y es que, en palabras del TC,

a diferencia de los procesos constitucionales de la libertad, cuyos efectos vinculan únicamente a las partes —salvo se establezca el precedente vinculante a que hace referencia el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional—, la sentencia con calidad de cosa juzgada en un proceso de inconstitucionalidad resulta de incuestionable cumplimiento para todos los aplicadores públicos y privados de las normas jurídicas, en la integridad de sus términos.⁸⁹

Esto es verdad al punto que si sólo existiesen las sentencias de procesos de inconstitucionalidad, o si el artículo VII CPC sólo hubiese estado referido a las sentencias en estos procesos, la figura del precedente vinculante sería prácticamente una reiteración innecesaria. Sin embargo, se debe recordar una vez más, no sólo que las sentencias constitucionales —acaso las más numerosas en la jurisdicción del TC— provienen también de procesos constitucionales en defensa de derechos fundamentales, en los que la sentencia se formula en consideración de unas concretas circunstancias debido al juicio concreto y no abstracto de constitucionalidad que realiza el TC, sino también se debe recordar que el precedente vinculante —como ya se argumentó— obliga a que el operador jurídico considere necesariamente al menos como *ratio decidendi* de la sentencia constitucional aquellas razones declaradas como precedentes vinculantes.

⁸⁹ Expediente núm. 00053-2004-PI/TC, *cit.*, nota 69, foja V.

Por lo demás, en el escaso tiempo que lleva aplicando el TC la figura del precedente vinculante, éste ha sido formulado en procesos de amparo,⁹⁰ de hábeas corpus⁹¹ y de cumplimiento.⁹² Ninguno aún en un proceso de inconstitucionalidad,⁹³ de conflicto de competencia⁹⁴ o de hábeas data. Por lo tanto, y como regla general, el TC podrá declarar como precedentes vinculantes las razones suficientes en las sentencias de cualquier tipo de proceso constitucional.

E. Consecuencias de la inobservancia de los precedentes vinculantes

La cuestión que cabe plantear ahora es la de determinar cuales son las consecuencias que acarrea la inobservancia de un precedente vinculante declarado como tal por el TC. La respuesta puede formularse en torno a dos bases. La primera de ellas consiste en recordar que la Constitución siendo la norma suprema del entero ordenamiento jurídico peruano, sus disposiciones en general y las referidas a los derechos fundamentales en particular, son disposiciones abiertas que reclaman necesariamente de concreción para poder ser aplicadas.⁹⁵ Esta concreción se obtiene a través

⁹⁰ *Cfr.*, entre otros, expedientes núms. 2302-2003-AA/TC, del 13 de abril de 2005; 3361-2004-AA/TC, del 12 de agosto de 2005; 2802- 2005-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005; 0206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005; 1333-2006-PA/TC, del 8 de enero de 2006; 3075-2006-PA/TC, del 29 de agosto de 2006; 3362- 2004-AA/TC, del 29 de agosto de 2006.

⁹¹ *Cfr.* expedientes núms. 1257-2005-PHC/TC, del 13 de abril de 2005; 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005; 2496-2005-PHC/ TC, del 17 de mayo de 2005; 3482-2005-PHC/TC, del 27 de junio del 2005, y 3771-2004-HC/TC, del 29 de diciembre de 2004.

⁹² *Cfr.*, expediente núm. 0168-2005-PC/TC, del 29 de septiembre de 2005 y expediente núm. 2616-2004-AC /TC, del 12 de septiembre de 2005.

⁹³ Las sentencias de inconstitucionalidad sí han sido empleadas, sin embargo, para abordar teóricamente algunas cuestiones que trae consigo el precedente vinculante, aunque —insisto— sin declararlos como tal. *Cfr.* expedientes núms. 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005 y 0047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006.

⁹⁴ Una sentencia en un proceso de cumplimiento fue empleada, no obstante, para cuestionar la validez de una serie de resoluciones judiciales. Se trató de la sentencia al expediente núm. 0006-2006-PC/TC, del 13 de febrero de 2007, en la que el TC terminó anulando sentencias emitidas por jueces del Poder Judicial luego de argumentar que éstas no se ajustaron a los precedentes vinculantes por él establecidos.

⁹⁵ Las normas constitucionales, se ha dicho, “poseen el mayor nivel de abstracción y, por eso, su formulación suele ser considerablemente vaga y usualmente contienen referencias a conceptos valorativos cuyos contornos de aplicación son por lo demás imprecis-

de la interpretación. Si la interpretación es “la atribución de sentido o significado a los enunciados jurídicos”,⁹⁶ interpretar la Constitución significará dar sentido o significado a los enunciados jurídicos que conforman las distintas disposiciones de la Constitución, de forma tal que la Constitución significaría y valdría lo que la actividad interpretativa diga que significa y vale la Constitución.⁹⁷

La segunda base parte de reconocer que si bien los preceptos constitucionales pueden ser interpretados por diversos agentes, son el TC y los magistrados del Poder Judicial los llamados a hacerlo de modo vinculante, en la medida que se trata en ambos casos de comisionados del Poder Constituyente.⁹⁸ Junto a esto, hay que reconocer inmediatamente la posición privilegiada que ostenta el TC como Supremo intérprete de la Constitución o Comisionado mayor del poder constituyente, “no sólo porque la Constitución llama expresamente *controlador de la Constitución* sólo al Tribunal Constitucional; sino también —y principalmente—, por los mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene éste respecto de los jueces ordinarios”.⁹⁹ Estos mayores poderes se manifiestan en que “sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204 de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional”.¹⁰⁰ Consecuentemente, si bien hay que reconocer una pluralidad de intérpretes de la Constitución, “también reafirmamos el lugar

sos”. Orunesu, Claudina *et al.*, *Estudios sobre la interpretación. Dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, p. 19.

⁹⁶ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, p. 105.

⁹⁷ Y es que “[q]uien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales — esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción de los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política”. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *op. cit.*, nota 9, pp. 36 y 37.

⁹⁸ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 197-205.

⁹⁹ Castillo Córdova, Luis, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, *op. cit.*, nota 55, p. 900.

¹⁰⁰ Expediente núm. 0047-2004-AI/TC, *cit.*, nota 93, foja 33.

privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos”.¹⁰¹

De esta manera, si interpretar la Constitución significa dar contenido normativo a sus distintas disposiciones, y el TC es el supremo intérprete de la Constitución, entonces, lo que el TC formule como interpretación pasará a formar parte de la Constitución misma.¹⁰² En este sentido, las sentencias constitucionales expedidas por el TC son fuente de derecho constitucional, es decir “dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”.¹⁰³

Llegados a este punto puede darse ya respuesta a la cuestión arriba planteada. Si los precedentes constitucionales explicitan el contenido y significado de los preceptos de la Constitución, y lo explicitan con carácter vinculante, entonces, toda actuación pública o privada que contravenga los precedentes constitucionales está viciada de inconstitucionalidad y, consecuentemente, será jurídicamente inválida. Dicho con otras palabras, los precedentes vinculantes “constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales”.¹⁰⁴ Esto significa que si, por ejemplo, el Legislativo emitiese una ley, o el Ejecutivo ejecutase un acto administrativo o, en fin, el Judicial emitiese una sentencia contraviniendo el contenido de un precedente constitucional, tal ley, tal acto administrativo y tal sentencia estarían viciadas de inconstitucionalidad. En el caso de los jueces del Poder Judicial, aunque la sentencia judicial haya quedado firme, no se ha podido configurar respecto de ella la calidad de cosa juzgada, debido a que ésta “no es un principio absoluto y sólo llega a configurarse cuando se ha obtenido la resolución final a través de un debido proceso”.¹⁰⁵ Y es que “lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso

¹⁰¹ Expediente núm. 0004-2004-CC/TC, del 31 de diciembre de 2004, foja 19.

¹⁰² Conocida es la afirmación de Smend, por la que “Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt” (“En la práctica actual, la ley fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional”). Smend, Rudolf, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2a. auf., Karlsruhe, 1971, p. 16).

¹⁰³ Expediente núm. 1333-2006-PA/TC, del 8 de enero de 2006, foja 11.

¹⁰⁴ Expediente núm. 0006-2006-PC/TC, *cit.*, nota 94, foja 69.

¹⁰⁵ Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2006, t. I, p. 344.

2, 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”.¹⁰⁶

Por lo tanto, las determinaciones que de las disposiciones abiertas, vagas e imprecisas realiza el TC a través de los precedentes vinculantes, conforman en sí mismas derecho constitucional. La sanción de no sujetarse al precedente vinculante viene a ser la misma que la sanción por no sujetarse a la Constitución: la invalidez jurídica.

F. *Los precedentes vinculantes como normas constitucionales adscritas*

Dicho esto es preciso plantear una cuestión más. Si los precedentes declarados vinculantes en particular (y las *ratio decidendi* en general) contienen interpretaciones de los dispositivos de la Constitución, de modo que pasan a formar parte de ésta, ¿cuál es su categoría jurídica? Sin duda que el contenido de un precedente vinculante no figura recogido expresamente en el texto de la Constitución, pero qué duda cabe que es un contenido que se desprende de él. De esta forma, de las normas constitucionales directamente estatuidas en los textos constitucionales, y a partir precisamente de su interpretación, es posible concluir otras normas que teniendo la misma categoría de normas constitucionales son sólo reconocibles implícitamente. Se hace necesario explicitarlas a través de la actividad interpretativa, en particular, de la realizada por el TC como supremo intérprete de la Constitución. En este contexto, es posible afirmar que todas las razones suficientes o *ratio decidendi* en una sentencia constitucional, en particular las que en ella son formuladas como precedentes vinculantes, son normas constitucionales implícitas o adscritas a la norma constitucional directamente estatuida, objeto de interpretación y en relación a la cual se ha formulado el precedente vinculante.

Sirve a nuestro propósito, siempre que se predique de todas las normas constitucionales y no sólo respecto de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, la definición de normas adscritas (*Zugeordnete Normen*) formulado por Alexy: “[u]na norma adscripta va-

¹⁰⁶ Expediente núm. 0006–2006–PC/TC, *cit.*, nota 94, foja 70.

le y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta* [*eine korrekte grundrechtliche Begründung möglich ist*].¹⁰⁷ Para el caso de los precedentes vinculantes, estos serán considerados normas adscriptas a una norma constitucional directamente estatuida en la medida que el TC justifique el contenido del precedente (el criterio interpretativo, en buena cuenta). Esto necesariamente obliga al TC a un especial ejercicio argumentativo cuando se trate de la formulación de precedentes vinculantes. En esa argumentación deberá quedar manifestada no sólo el o los preceptos constitucionales sobre los cuales el TC formulará el criterio interpretativo vinculante, sino que además quedará manifiesta la corrección o no del criterio interpretativo en sí mismo.

G. *Límites a la declaración de razones suficientes como precedentes vinculantes*

Finalmente se hará referencia a una última cuestión referida de los precedentes vinculantes. Se trata de saber si el TC tiene libertad plena para constituir cualquier razón suficiente o *ratio decidendi* en un precedente vinculante o, por el contrario, existe algún tipo de limitaciones. Esta pregunta ha sido contestada por el mismo TC, quien ha establecido que su labor de crear precedentes vinculantes con la eficacia *erga omnes* propia de una ley se halla restringida al menos por las cuatro siguientes exigencias.

La primera es que debe existir una relación directa entre el caso o controversia con base en la cual se formula el precedente y el contenido del precedente vinculante. En este sentido, el TC ha reconocido que “es verdad que la configuración del *caso* en nuestro sistema jurídico no siempre se relaciona con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la ley, por ejemplo”,¹⁰⁸ confirmando de esta manera la posibilidad de que también en las sentencias de inconstitucionalidad el TC pueda establecer precedentes vinculantes. Y ha reconocido también que el precedente vin-

¹⁰⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 34, p. 70.

¹⁰⁸ Expediente núm. 3741–2004–AA/TC, cit., nota 39, foja 45.

culante que declare el TC, “debe ser necesari[o] para la solución del caso planteado”.¹⁰⁹

La segunda exigencia es que si bien el precedente vinculante debe estar directamente relacionado con la controversia que intenta resolver, no puede referirse y agotarse en los hechos que conforman esta litis, sino que ha de trascender de ellos a efectos precisamente de adquirir ese carácter y valor general propio de las normas. Ha dicho el TC que “el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos”.¹¹⁰

La tercera exigencia —acaso la más importante en orden a evitar un ejercicio extralimitado de la facultad del TC de crear precedentes vinculantes, al punto que interfiera en las funciones asignadas a otros órganos constitucionales como el legislativo o el judicial— consiste en que no podrá establecerse un precedente vinculante con el propósito de imponer un modo de interpretar un dispositivo constitucional cuando es posible interpretarlo de varias maneras y no existe un consenso social acerca de la conveniencia de una de esas interpretaciones. Ha dicho el TC que “la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico”.¹¹¹ Consecuencia necesaria de esto es que “el tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho”.¹¹²

La cuarta exigencia es que se cumplan alguno de los supuestos que justifican y, por ello habilitan, al TC a establecer un precedente vinculante. En principio, fuera de estos supuestos habilitantes, el TC debería abstenerse de formular una razón suficiente como precedente vinculante. Los supuestos habilitantes reconocidos por el TC son los cinco siguien-

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Ibidem*, foja 46.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

tes.¹¹³ El primero, la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del TC, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. El segundo, la constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del TC, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma. El tercero, cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo. El cuarto, cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este último supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución. Y el quinto, cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

*5. A partir del tercer párrafo del artículo VI CPC:
la interpretación del TC*

Una tercera situación que es posible distinguir en los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia del TC, es la referida en el tercer párrafo del artículo VI CPC. En este dispositivo se ha establecido que los jueces del Poder Judicial deberán interpretar y aplicar toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que de los mismos haya establecido el Tribunal Constitucional en sus sentencias constitucionales.¹¹⁴ Para

¹¹³ Expediente núm. 0024–2003–AI/TC, *cit.*, nota 38, consideraciones previas; y expediente núm. 3741–2004–AA/TC, *cit.*, nota 39, foja 41.

¹¹⁴ Lo mismo se ha establecido en la primera disposición general de la LOTC, en la cual se ha establecido que “[l]os jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos 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, bajo responsabilidad”.

abordar el estudio de este nuevo producto jurisprudencial es necesario realizar una breve recapitulación de lo que se lleva dicho.

Al partir de la consideración de la Constitución como norma jurídica fundamental compuesta de disposiciones abiertas necesitadas de concretización, y de la consideración del TC como Supremo intérprete de la Constitución que se pronuncia a través de las sentencias constitucionales, se ha llegado a admitir que sus criterios interpretativos vinculan tanto a los poderes públicos como a los particulares. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el TC ha decidido establecer que sus sentencias constitucionales además del fallo, viene compuesta por fundamentos que pueden ser razones suficientes (*ratio decidendi*) o razones subsidiarias (*obiter dicta*), en la medida que estén o no vinculadas directamente al fallo. Consecuentemente, ha decidido el TC reconocer una vinculación necesaria de las razones suficientes y sólo una vinculación persuasiva u orientativa a las razones subsidiarias.

De los artículos VI y VII CPC, puede concluirse que los productos interpretativos que pueden descubrirse en la jurisprudencia del TC son al menos tres. El primero está referido al fallo y a los fundamentos en una sentencia de inconstitucionalidad (segundo párrafo del artículo VI CPC). Al tratarse de un examen general y abstracto de la constitucionalidad de un dispositivo legal, tanto el fallo como las razones suficientes de la sentencia tienen efectos también generales (*erga omnes*), y vinculan por ello a los poderes públicos y a los particulares. El segundo está referido a los precedentes vinculantes (artículo VII CPC) que puede declarar el TC en una sentencia constitucional, los cuales si bien se formulan respecto de las concretas circunstancias de un caso particular, una vez declarados precedentes vinculantes su referencia y obligatoriedad es general. Consecuentemente, si bien el juez al que vincula la jurisprudencia del TC define cuales son las razones suficientes y cuales las accidentales en una sentencia constitucional, una vez establecidos los precedentes vinculantes por el TC necesariamente deberá asumir éstos como razones suficientes o *ratio decidendi* y, por ello, vinculantes de modo absoluto y no relativo como ocurre con las razones subsidiarias u *obiter dicta*.

En este contexto la pregunta a responder es cual es el significado del tercer producto interpretativo que se recoge en el tercer párrafo del artículo VI CPC. Si se tiene en cuenta que las sentencias constitucionales en las que se manifiesta la doctrina jurisprudencial del TC están confor-

madadas por unos fundamentos jurídicos y un consecuente fallo, siendo vinculante el fallo ya sea con efectos generales (proceso de inconstitucionalidad) como con efectos *inter partes* (demás procesos constitucionales), entonces la interpretación manifestada por el TC deberá descubrirse en los fundamentos jurídicos, es decir, en las razones suficientes (*ratio decidendi*) y en las razones subsidiarias (*obiter dicta*). De este modo, al tercer párrafo del artículo VI CPC se le pueden reconocer al menos las siguientes tres consecuencias.

En primer lugar, confirma la vinculación de los jueces del Poder Judicial (y de los operadores jurídicos en general) a las razones suficientes o *ratio decidendi* que se expresen en una sentencia de inconstitucionalidad, lo cual se concluía anteriormente del segundo párrafo del artículo VI CPC. Efectivamente, y como se recordará, del texto de este precepto legal sólo se podía concluir expresamente la vinculación al fallo en las sentencias de inconstitucionalidad, ya sea expulsando del ordenamiento jurídico las normas declaradas inconstitucionales, ya sea confirmando la constitucionalidad de las mismas. Nada se afirmaba en este dispositivo respecto de la vinculación de las razones suficientes o *ratio decidendi*, por lo que fue necesario presentar razones en orden a concluir que la vinculación también alcanzaba a las mencionadas razones suficientes. Pues bien, estos razonamientos vienen confirmados por el tercer párrafo del artículo VI CPC, al disponer expresamente la vinculación de los jueces (de los operadores jurídicos en general) a las interpretaciones del TC contenidas en las sentencias constitucionales, en particular para definir el alcance de la confirmación de constitucionalidad de un precepto legal.

En segundo lugar, confirma también la vinculación a las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes en el resto de procesos constitucionales. En efecto, como se argumentó anteriormente, el TC puede decidir que determinadas razones suficientes se conviertan en precedentes vinculantes y, por ello, con efecto *erga omnes*. Esto no significaba, se decía entonces, que las razones suficientes no declaradas como precedentes vinculantes perdiesen fuerza vinculante como *ratio decidendi*. Lo cual se ve confirmado ahora con la obligación de los jueces del Poder Judicial (de los operadores jurídicos en general) de sujetarse a las interpretaciones del TC, dispuesta en el tercer párrafo del artículo VI CPC, por la que se establece que la vinculación no sólo es a los precedentes, sino también a las razones suficientes o *ratio decidendi* no declaradas como precedentes vinculantes.

Y, en tercer lugar, el tercer párrafo del artículo VI CPC, está disponiendo no sólo la vinculación de los jueces (de los operadores jurídicos en general) a las interpretaciones del TC contenidas en las razones suficientes o *ratio decidendi*, sino también a las contenidas en las razones subsidiarias u *obiter dicta*. En este dispositivo se establece una vinculación general a las interpretaciones del TC contenidas en sus sentencias y, por tanto, a las interpretaciones contenidas tanto en las razones suficientes como en las razones subsidiarias. En la medida que el TC ha reconocido en las razones subsidiarias u *obiter dicta* sólo una fuerza orientativa o persuasiva, la vinculación a las interpretaciones ahí contenidas no es absoluta como en el caso de las razones suficientes hayan o no sido declaradas como precedentes vinculantes, sino más bien es una vinculación relativa, es decir, el juez del Poder Judicial (el operador jurídico en general) podrá desmarcarse de la interpretación contenida en un *obiter dicta* si es que es posible y presenta una justificación constitucional suficiente.

De esta manera queda cerrado completamente el circuito que se abría con el segundo párrafo del artículo VI CPC en referencia expresa al fallo en los procesos de inconstitucionalidad. Es verdad que toda la jurisprudencia del TC vincula a los poderes públicos y a los particulares, pero no vincula siempre de la misma manera y con los mismos alcances. La manera como vinculan las razones suficientes o *ratio decidendi*, provengan de los procesos de inconstitucionalidad o de los demás procesos constitucionales, es distinta a la manera como vinculan las razones subsidiarias u *obiter dicta*. Las primeras vinculan de modo absoluto, las segundas de modo relativo. Y es que,

a diferencia de los *obiter dicta* —que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios—, la *ratio decidendi* constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima.¹¹⁵

En particular, las razones suficientes vinculan con un alcance distinto pues habrá las que vinculen con efectos generales propios de una ley, y

¹¹⁵ Expediente núm. 0006–2006–PC/TC, *cit.*, nota 94, foja 41.

las que vinculen siempre en referencia al caso concreto. Las primeras son las razones suficientes o *ratio decidendi* que se recogen en una sentencia de inconstitucionalidad, y son también aquellas que son declaradas precedentes vinculantes en cualquier proceso constitucional; y las segundas son las demás razones suficientes que no son declaradas como precedentes vinculantes. Como ha dicho el TC, “[l]as interpretaciones del tribunal valen acá ya sea como doctrina jurisprudencial o, llegado el caso y cuando así lo configure el propio tribunal, también como precedente vinculante para todos los poderes públicos”.¹¹⁶

IV. CONCLUSIÓN

La justificación de la vinculación de los jueces del Poder Judicial a la jurisprudencia del TC se revela inmediatamente después de constatar que tanto la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico está compuesta por disposiciones abiertas y necesitadas de concreciones para su efectiva aplicación, como que la posición jurídica del TC es la de ser supremo intérprete de la Constitución, es decir, el que con carácter supremo establece las distintas concreciones y determinaciones de la norma constitucional. A la vez, la importancia de establecer los correctos alcances de esta vinculación surge de la constatación que la actividad jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial debe desenvolverse según el principio de independencia.

Se debe tener especial cuidado en no confundir la jurisprudencia del TC con la solución del caso. El TC cuando establece una interpretación de la Constitución, no le impone al juez una concreta solución al caso que conoce. Incluso, cuando el TC dispone una *ratio decidendi* como precedente vinculante, no le está diciendo al juez cuál ha de ser la concreta solución a las concretas litis que conozca. No olvidemos que la justicia depende del caso concreto, y el TC no pudo haber conocido todos los casos concretos y por ello no pretende —no debería pretender— imponer a los jueces una determinada manera de solucionar las concretas controversias que conozcan.

Si se afirmase lo contrario se estaría concibiendo al juez como mero autómatas que se limita a repetir y a aplicar indiscriminadamente la solución encontrada por el TC para otro caso concreto aún sustancialmente

¹¹⁶ Expediente núm. 4119–2005–PA/TC, del 29 de agosto de 2005, foja 37.

igual y aún habiéndose dispuesto la solución con efectos *erga omnes*. Y el juez no es ningún autómatas. Ya se intentó en el Estado legal de derecho, y con los lamentables resultados que todos conocemos, convertir al juez en la boca muerta que repetía las palabras de la ley. No cometamos el mismo error en el Estado constitucional de derecho y no pretendamos convertir al juez en la boca muerta que repite las palabras de los criterios jurisprudenciales del TC.

La grandeza del Estado constitucional de derecho se encuentra —qué duda cabe— en la vigencia plena de la Constitución, de aquellos valores y principios indisponibles incluso para el supremo intérprete de la Constitución. Bien importante es, por ello, saber lo que significa el deber de los jueces de sujetarse a la jurisprudencia del TC. Esta sujeción, como principio constitucional, no puede quebrantar la independencia judicial ni vaciar de contenido la labor jurisdiccional de los jueces, ambos también valores constitucionales. Deberá dársele a esa sujeción un contenido que permita armonizar tanto uno como otros principios, por así exigirlo y permitirlo la consideración de la Constitución como una unidad sistemática. Y eso es lo que se ha intentado a lo largo de estas páginas en referencia concreta al ordenamiento jurídico peruano.

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PÚBLICO

Raúl GONZÁLEZ SCHMAL*

SUMARIO: I. *Prenotandos*. II. *El derecho de libertad religiosa y de cultos*. III. *Fundamento y hermenéutica del derecho de libertad religiosa*. IV. *Límites al derecho de libertad religiosa*. V. *El derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva*. VI. *Violación al derecho de difusión de creencias religiosas*. VII. *Violación de las libertades de expresión y de imprenta*. VIII. *Diversas violaciones a los derechos de los ministros de culto*. IX. *Violación al derecho de igualdad y de no discriminación*. X. *Conclusión*.

I. PRENOTANDOS

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público (LARCP), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de julio de 1992, en su artículo 1o. establece que es reglamentaria de “las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en materia de “libertad de creencias religiosas”, y de “asociaciones, agrupaciones religiosas, iglesias y culto público”. Y aunque la referida ley no señala expresamente cuáles son estas disposiciones, es obvio que son aquellas contenidas en los artículos atinentes a la materia religiosa, esto es, los artículos 24, 27 fracción II, y 130. Aunque el artículo 3o. parcialmente trata de la misma materia en su proyección educativa, por cuanto establece el laicismo para la educación impartida por el Estado —considerada como tal aquella “ajena a toda creencia religiosa”—, no es objeto de la citada ley de aso-

* Académico de la Universidad Iberoamericana.

ciaciones religiosas, porque dicho artículo tiene su propia ley reglamentaria, que es la Ley General de Educación Pública.

Ahora bien, el artículo 16 de la LARCP, que se encuentra ubicado en capítulo tercero relativo al régimen patrimonial de las asociaciones religiosas, en su párrafo segundo establece lo siguiente:

Las asociaciones religiosas y los ministros de culto no podrán poseer o administrar, por sí o por interpósita persona, concesiones para la explotación de estaciones de radio, televisión o cualquier tipo de telecomunicación, ni adquirir, poseer o administrar cualquiera de los medios de comunicación masiva. Se excluyen de la presente prohibición las publicaciones impresas de carácter religioso.

Como se pretende demostrar en las consideraciones subsecuentes, dicha disposición adolece de fallas graves de inconstitucionalidad, por lo que deviene inaplicable y, en consecuencia, debe ser suprimida del texto de la ley reglamentaria.

Para el objeto anterior conviene tener presente las disposiciones constitucionales que se relacionan con el caso objeto de nuestro análisis, a saber, los artículos: 24, 130 y 27.II, que configuran el marco constitucional de la materia religiosa, ello sin perjuicio de hacer alusión también a otros dispositivos constitucionales, como los artículos 1o. y 5o. que, como se verá más adelante, también son vulnerados por el artículo 16 de la susodicha ley reglamentaria.

Se ha de advertir que —aun a riesgo de parecer prolijos— consideramos necesario exponer con cierta amplitud el contenido, las dimensiones y las limitaciones del derecho a la libertad religiosa, como se desprende de nuestra normativa constitucional, de la doctrina y de los instrumentos internacionales suscritos por México— y que forman parte de nuestro orden jurídico interno—, por considerar que es el presupuesto teórico general para confrontar la inconstitucionalidad de diversos aspectos de la citada ley reglamentaria, aun cuando en el presente trabajo —como ya se ha señalado— sólo uno de ellos será motivo de nuestras consideraciones.

II. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS

El artículo axial es el 24 constitucional, que consagra el derecho de libertad religiosa, en estos términos:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

El referido artículo tutela lo que justamente se considera la piedra angular de los derechos humanos, que es el derecho a la libertad religiosa o, como se le denomina en la terminología de la propia disposición constitucional, libertad de creencias religiosas y libertad de cultos.

La libertad religiosa implica el derecho a la libre profesión de convicciones fundamentales, expresión esta última que incluye de manera más explícita no sólo a las personas que asumen una convicción religiosa sino también a quienes no profesan ninguna.

Ante todo, la libertad religiosa es una inmunidad de coacción de que a nadie se le pueda obligar a actuar en contra de su conciencia y a nadie se le pueda impedir a actuar conforme a ella (en privado y en público, solo o asociado con otros). Por su propia naturaleza —aunque a través de la historia no se haya siempre visto de esta manera— el acto de fe es un acto libre o no es acto de fe, y si esto es así, hay que suponer el contexto previo a la creencia religiosa, que es la libertad de conciencia, porque en la conciencia es donde la persona asume y exige profesar sus convicciones fundamentales. Y estas convicciones fundamentales pueden ser de creencia o de no creencia religiosa. Por lo tanto, la libertad religiosa es inescindible de la libertad de conciencia.

La libertad de conciencia, entonces, dice relación a aquel ámbito de la autonomía individual que garantiza la actuación de la persona humana de acuerdo con sus propias convicciones; se produce una traslación de las ideas o creencias, del pensamiento, al nivel práctico, al campo del operar humano. La persona es libre de actuar de acuerdo con sus convicciones, y conserva esta libertad protegida por el derecho.

Así el artículo 24 constitucional debe interpretarse en el sentido de que reconoce y otorga protección a ese ámbito de la intimidad de creación de las ideas, de adhesión a las creencias; un ámbito de libertad, de elección sin coacciones exteriores.

La distinción entre la libertad religiosa y la libertad de culto —como la establece el artículo 24 en comento— tiene una razón de ser preferentemente histórica. Hoy día, sin embargo, se entiende que la libertad religiosa incluye, entre sus manifestaciones más típicas, la libertad de culto y que no existe un verdadero reconocimiento de la libertad religiosa, si no se reconoce igualmente la libertad de culto. No puede considerarse, por tanto, dos derechos de contenido distinto, sino que la libertad de culto debe estimarse como un aspecto de la libertad religiosa.

III. FUNDAMENTO Y HERMENÉUTICA DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Se ha asignado al derecho de libertad religiosa diversidad de fundamentos, pero en el que se puede decir que hay un consenso casi universal, es el que afirma el fundamento más exacto de la libertad religiosa en la dignidad de la persona humana. Al estar dotada de razón y voluntad, sobre ella recae la responsabilidad de tomar decisiones en ese campo.

No hay duda de que la dignidad de persona humana es la premisa fundamental y el valor más alto del constitucionalismo moderno. Es la razón de ser del Estado constitucional democrático de derecho, que tiene su expresión y su sustento en el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, y entre estos, de manera preeminente, el de libertad religiosa. La sustancia de una Constitución —su *espíritu*— comprende ante todo los derechos fundamentales con la dignidad humana en su vértice. El *espíritu* de una Constitución es intangible *per se* para el legislador constitucional. De aquí que el artículo 24 constitucional debe siempre interpretarse y aplicarse conforme a este *espíritu* que insufla y permea toda Constitución digna de este nombre. Es decir, superando condicionamientos históricos el acento debe ponerse siempre en la libertad y no en la restricción.

Por ello debe recordarse que en la interpretación del derecho de libertad religiosa —como de todos los derechos humanos— los principios hermenéuticos que deben aplicarse es el de *pro libertatis*, que significa que los preceptos en materia religiosa deben interpretarse en el sentido de que resulte más favorecida la libertad religiosa, y el *pro homine*, que consiste en que cuando una disposición jurídica admita dos o más interpretaciones debe adoptarse la solución que mejor garantice los derechos humanos.

En consecuencia de lo anterior, y para seguir abriendo cauces al derecho de libertad religiosa en México, el artículo 24 de la Constitución, así como las disposiciones conexas o derivadas de él o las que en el futuro se produzcan sobre la misma materia, deberán ser interpretadas, ejecutadas o desarrolladas —en el ámbito administrativo, legislativo o jurisdiccional— conforme a los mencionados principios interpretativos. Con la atingencia que lo caracteriza, el profesor Héctor Fix-Zamudio, señala que “la hermenéutica no se agota en la función judicial, es mucho más amplia y se extiende al legislador, al funcionario de la administración, y a los mismos destinatarios privados de las normas jurídicas”.¹

IV. LÍMITES AL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA

Hay que advertir, por otro lado, que el derecho de libertad religiosa —como todos los derechos humanos en cuanto se exteriorizan y se ejercen en sociedad— tiene unos ciertos límites. No existen derechos ilimitados, pero debe tomarse en cuenta que para la interpretación de las limitaciones a los derechos fundamentales debe hacerse bajo un criterio restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos, que se condensan en los principios hermenéuticos referidos en los párrafos anteriores.

El primer y el tercer párrafo del artículo 24 establecen, respectivamente, las siguientes limitaciones: el primero, que las devociones o actos del culto respectivo, no constituyan un delito o falta penados por la ley y, el tercero, que los actos de culto se celebren ordinariamente en los templos, y los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria (la cual dispone, en su artículo 22, que los organizadores deberán dar previo aviso a las autoridades competentes, por lo menos con quince días de anticipación de la fecha en que pretendan celebrarlos).

El párrafo segundo del artículo 24 establece una limitación —en forma de prohibición contundente— pero dirigida al Congreso: “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.

¹ “No obstante —añade el insigne jurista— la extensión tan amplia de la hermenéutica, se ha considerado, no sin razón, que la que tiene mayor relevancia y adquiere un carácter técnico más depurado, es la que realizan los funcionarios judiciales...”. Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 4a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 42 y 43.

En buena medida dicha disposición está inspirada en la primer enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica,² y constituye una garantía de que el establecimiento de una confesión religiosa, es potestad exclusiva de los ciudadanos —en su carácter de creyentes— y de las agrupaciones religiosas a que éstos pertenezcan, cuyo campo está vedado para el Estado. Es decir, el Estado es radicalmente incompetente en materia religiosa, por lo que no puede establecer, ni prohibir, ni formular juicios de valor sobre el contenido de una fe religiosa.

La citada garantía que deriva del principio del derecho de libertad religiosa se le denomina principio de *laicidad*, que puede afirmarse que implica fundamentalmente la no identificación del Estado con ninguna ideología ni religión y consiguientemente la no inspiración de su actividad y de sus decisiones en una ni en otra. La neutralidad es la mejor garantía de la libertad religiosa, tanto de las personas individuales, como de las asociaciones religiosas o ideológicas, asegurando su autonomía e independencia internas.

El Estado laico moderno —o de *laicidad abierta* como algunos le denominan— no sólo se define por su incompetencia en materia religiosa, sino por su responsabilidad para establecer el marco jurídico que le de sustento y garantice plenamente el derecho de libertad religiosa de manera individual y colectiva, tanto en público como en privado, por la enseñanza y la educación, el culto, la observancia de sus normas y la difusión de sus creencias, informaciones y opiniones, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.³

Bajo estos lineamientos conceptuales modernos debe considerarse el Estado laico moderno mexicano, por lo menos tendencialmente, a partir de las reformas constitucionales de 1992 en materia religiosa, a las que se hará referencia en el apartado siguiente.

² Enmienda 1. “El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente”.

La misma disposición se encontraba en el artículo 130 constitucional, segundo párrafo, antes de la reforma de 1992, y en la Constitución de 1857, en artículo 1o. del decreto de adiciones y reformas del 25 de septiembre de 1873, por el que se incorporaron a su texto las Leyes de Reforma, y que rezaba así: “El Estado y la Iglesia son independientes entre sí. *El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna*”.

³ Artículos 18, 19 y 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

V. EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA

Cabe ahora referirnos al artículo 130 constitucional, que está íntimamente vinculado con el artículo 24 de la propia ley fundamental. Mientras este último se refiere substancialmente al derecho individual de creencia religiosa y a su proyección externa mediante actos de culto público; aquél regula —entre otros aspectos— el derecho colectivo de libertad religiosa, que se traduce en la existencia de comunidades religiosas, las cuales pueden adquirir personalidad jurídica mediante su registro constitutivo en la Secretaría de Gobernación: “La iglesias y agrupaciones religiosas —dice el artículo 130— tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro”, y establece, asimismo, diversos principios y limitaciones al ejercicio del mencionado derecho, y determina el estatuto de los ministros de culto, al cual nos referiremos más adelante.

Como consecuencia de las reformas constitucionales de 1992, en materia religiosa, el legislador constituyente creó en el aludido artículo 130 una nueva figura jurídica que denominó “asociación religiosa”, como una estructura formal que deben adoptar las agrupaciones religiosas e iglesias para obtener personalidad jurídica. Es decir, se pueden constituir como personas morales sujetas de derechos y obligaciones, a diferencia del texto anterior a la reforma, que las privaba de personalidad jurídica.

Así, pues, no sólo la persona individualmente considerada es sujeto del derecho de libertad religiosa sino también las comunidades religiosas —cuando se constituyan como *asociaciones religiosas*— son también sujetos de ese mismo derecho fundamental.

Ahora bien, en concomitancia con esa personería jurídica que se les otorga a las asociaciones religiosas, la propia Constitución, en la fracción II del artículo 27, reconoce su capacidad para adquirir, poseer y administrar bienes, en los siguientes términos: “Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, *exclusivamente*, los bienes que sean *indispensables* para su objeto, con los *requisitos y limitaciones* que establezca la ley reglamentaria”.

De la disposición transcrita se desprende que las asociaciones pueden tener un patrimonio compuesto de toda clase de bienes para cumplir sus fines religiosos, esto es, que sean “indispensables para su objeto”. Como

dicho texto no distingue entre bienes muebles e inmuebles, debe entenderse que la limitación que implica el que no puedan tener más bienes que los indispensables para cumplir con sus fines, se aplica tanto a unos como a otros.⁴

El artículo 27, fracción II, que se ha reproducido arriba señala que las asociaciones religiosas tendrán capacidad para adquirir exclusivamente los bienes que sean indispensables para su objeto, con los *requisitos* y *limitaciones* que establezca la ley reglamentaria.

VI. VIOLACIÓN AL DERECHO DE DIFUSIÓN DE CREENCIAS RELIGIOSAS

Habrá que preguntarnos ahora: ¿cuáles son estos requisitos y limitaciones que establece la ley reglamentaria? En primer término, el artículo 16, primer párrafo, reitera la condición del artículo 27 constitucional, esto es, que los bienes sean *exclusivamente* los indispensables para cumplir con los fines propuestos en su objeto por las asociaciones religiosas, y el artículo 17 del referido ordenamiento otorga la facultad a la Secretaría de Gobernación para resolver sobre el carácter *indispensable* de los bienes inmuebles que pretendan adquirir por cualquier título las asociaciones religiosas. “Para tal efecto —dice el dispositivo citado— emitirá declaratoria de procedencia”. Las solicitudes de declaratoria de procedencia deberán ser respondidas por la autoridad en un término de cuarenta y cinco días; de no hacerlo se entenderán aprobadas, es decir, operará la afirmativa ficta.

Hasta aquí es perfectamente consecuente la ley con el texto constitucional al establecer como limitación a la capacidad de adquisición de una asociación religiosa la de que el bien inmueble de que se trate tenga el carácter de “indispensable” para que aquella pueda realizar sus fines. En efecto, está dentro de la naturaleza misma de las asociaciones religiosas que —como lo dice la ley— puedan tener un patrimonio propio para la realización de su objeto, con tal de que los bienes que lo integren sean los necesarios para ese propósito.⁵

⁴ Aun cuando de acuerdo con el artículo 17 de la ley reglamentaria, sólo requieren la autorización de la Secretaría de Gobernación, denominada *declaratoria de procedencia*, cuando se trate de bienes inmuebles. Cfr. Pacheco, Alberto, *Temas de derecho eclesiástico mexicano*, México, Ediciones Centenario, 1993, pp. 96 y 97.

⁵ Cabe añadir que una iglesia o agrupación religiosa puede constituirse en una asociación civil y, consecuentemente tener personalidad jurídica. En otros términos, y con-

Con toda justificación la ley reglamentaria también establece la limitación a las asociaciones religiosas —en su artículo 8o., fracción II— “de perseguir fines de lucro o preponderantemente económicos”. Es incompatible con la naturaleza de la religión perseguir fines con ese carácter.

Ahora bien, como ya se mencionó al principio de este trabajo, la citada ley reglamentaria, en el segundo párrafo del artículo 16 establece otra limitación a la capacidad de adquirir bienes de las asociaciones religiosas, e incluye en esa limitación también a los ministros de culto, a los cuales nos referiremos en otro apartado.

En todo caso, se trata aquí de una disposición que no sólo va más allá del texto constitucional —*prater legem*—, sino que lo contradice, *contra legem*, como se desprende de las siguientes consideraciones:

- a) El texto del artículo 27.II, al establecer que las asociaciones religiosas tendrán capacidad de adquirir, poseer o administrar, *exclusivamente* los bienes *indispensables* para cumplir con su objeto, hace concurrir implícitamente un doble fundamento jurídico para ello: 1) el derecho inherente a todo sujeto colectivo con personalidad jurídica con un fin lícito de cualquier naturaleza, y el derecho de obtener los bienes necesarios para la realización de aquél; 2) el derecho humano de libertad religiosa en su dimensión social, que se reconoce como consustancial a las asociaciones religiosas. y que, entre otras cosas, implica igualmente el de adquirir bienes y tener un patrimonio propio.
- b) Las limitaciones que puede establecer la ley reglamentaria, de conformidad con la previsión del artículo 27 constitucional, no puede referirse de ninguna manera a una limitación que desvirtúe o mutile el derecho fundamental de las asociaciones religiosas para adquirir, poseer o administrar bienes, que estén destinados en forma exclusiva y que además sean indispensables, para el cumplimiento de su objeto. Las limitaciones, entonces, sólo pueden referirse a aquellas que sean compatibles y consistentes con el derecho que garantiza el referido texto, es decir, que sean, como ya se dijo, indispensables y que se destinen exclusivamente a su fin.

forme a los artículos 25.VI y 2670 del Código Civil, una asociación civil puede constituirse para realizar fines religiosos (que son fines lícitos) sin tener el carácter de “asociación religiosa”. Cfr. Sánchez Medel, Ramón, *La nueva legislación sobre libertad religiosa*, México, Porrúa, 1993, pp. 34 y ss.

- c) Ahora bien: ¿quién determina el fin de una asociación religiosa? Es obvio que la propia asociación religiosa dentro del marco de su propia naturaleza. Es decir, la especificidad de una asociación religiosa se la da su fin religioso; no podría constituirse una asociación religiosa sin que tuviera como objeto o fin primordial la práctica de una religión. El fin de carácter religioso es la razón de ser misma de una asociación religiosa, no sólo porque lo prescribe la ley sino porque es su elemento esencial constitutivo. Por ello, la ley reglamentaria exige como primer requisito para obtener el registro constitutivo de una asociación religiosa, que “se ha ocupado, preponderantemente, de la observancia, práctica, propagación, o instrucción de una doctrina religiosa o de un cuerpo de creencias religiosas” (artículo 7o., fracción I).
- d) No hay duda, por otro lado, que la práctica de una convicción religiosa se exterioriza a través del culto religioso, constituido por los ritos, como ya se indicó antes, mediante los que se tributa homenaje a una persona o una cosa que se consideran sagradas. De aquí que el acto cultural sea indisociable de la creencia religiosa. El artículo 24 constitucional así lo entiende al consagrar junto con la libertad de creencias religiosas la libertad de cultos, y aún hay quienes denominan a la libertad religiosa como libertad de cultos, por ser la expresión más inmediata de la creencia religiosa, pero que ciertamente no la agota.
- e) Es inherente a la autonomía de la persona, a su derecho más entrañable, el asociarse con otros para practicar la religión que les es común. Ésta es una zona totalmente vedada al Estado laico moderno. Así lo reconoce nuestro orden jurídico interno al preceptuar —en el artículo 24, segundo párrafo, de la Constitución—, que: “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”, y en el artículo 130, inciso b, de la misma ley fundamental, que prescribe lo siguiente: “Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas”.
- f) Los anteriores mandatos constitucionales están desarrollados en diversas disposiciones de la ley reglamentaria, como la garantía que establece el artículo 2o., inciso f, de “asociarse o reunirse pacíficamente con fines religiosos”, o la que se contiene en el artículo 6o., segundo párrafo, al establecer que: “Las asociaciones religiosas se regirán internamente por sus propios estatutos, los que contendrán

las bases fundamentales o cuerpo de creencias religiosas”, o el artículo 9o., fracción III, que reconoce el derecho a las asociaciones religiosas de “organizarse libremente en sus estructuras internas y adoptar los estatutos o normas que rijan su sistema de autoridad y funcionamiento, incluyendo la formación y designación de sus ministros”.

- g) Debe tenerse presente, como ya se dijo en otra parte, que el ejercicio de la religión no se agota en el acto del culto religioso sino tiene otras diversas dimensiones, las cuales son el contenido del derecho de libertad religiosa, como se le concibe en el derecho constitucional comparado, en el derecho internacional de los derechos humanos y —de manera substancial aun cuando en ciertos aspectos con innecesarias restricciones— en nuestra propia legislación interna. Una de esas dimensiones, absolutamente constitutivas de ese derecho, es la de expresar, difundir sus ideas y creencias religiosas o, inclusive de cualquier otra naturaleza, a través de medios de telecomunicación de cualquier índole y sin ninguna restricción, salvo las inherentes a la conservación del orden público.
- h) Vale, a título de ejemplo, referirnos a un relevante instrumento regional que forma parte del orden constitucional mexicano, como es la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, que contiene las siguientes disposiciones que interesan al objeto de nuestro estudio:

Artículo 12.

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar o divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

...

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

...

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencia radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Artículo 24.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.⁶

- i) La Ley de Asociaciones religiosas y culto público, en su artículo 9o., que explicita los derechos de las asociaciones religiosas, entre otros, le reconoce los siguientes: identificarse mediante una denominación exclusiva; organizarse libremente en sus estructuras internas y adoptar los estatutos o normas que rijan su sistema de autoridad y funcionamiento, incluyendo la formación y designación de sus ministros; realizar actos de culto público religioso, así como *propagar su doctrina; celebrar todo tipo de actos jurídicos para el cumplimiento de su objeto siendo lícitos* y siempre que no persigan fines de lucro; participar por sí o asociadas con personas físicas o morales en la constitución, administración, sostenimiento y funcionamiento de instituciones de asistencia privada, planteles educativos e instituciones de salud, a condición de que no persigan fines de lucro.
- j) Interesa destacar para efectos de nuestro análisis, que además de que —como ya se dijo arriba—la libertad de creencias religiosas garantizada por el artículo 24 implica necesariamente su difusión, y lo explicita la ley reglamentaria al reconocer el derecho de las asociaciones religiosas *de propagar su doctrina* (artículo 8o., III), es

⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 contiene las siguientes disposiciones correlativas: artículo 7o.: igualdad ante la ley y no discriminación; artículo 17.1: toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente; artículo 18: libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; artículo 19: derecho a la libertad de opinión, de expresión, por cualquier medio. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, consagra los siguientes derechos y libertades: Artículo 18.1 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; artículo 19.1: libertad de expresión; artículo 26.1: igualdad ante la ley y no discriminación.

inherente al derecho de libertad religiosa la *libertad de difusión de los credos, ideas u opiniones religiosas*. La exteriorización de las ideas y opiniones, es decir, la expresión del propio pensamiento representa el primer corolario de la libertad religiosa, que en cierto modo sólo se realiza cuando se comunica o, al menos, cuando puede comunicarse a los demás. De ahí que las dimensiones en que se proyecta tal exteriorización sean múltiples y de distinta naturaleza, desde una reunión privada al uso de toda clase de medios de comunicación, pasando por la escuela o los centros de formación específicamente religiosa; en suma, este aspecto de la libertad religiosa ampara el derecho a impartir y recibir enseñanza, información o propaganda religiosa mediante cualquier procedimiento de comunicación, y aun el derecho de expresarse libremente en el ámbito de la ética, de la cultura, de los derechos humanos, etcétera.

- k) Consecuentemente, al prohibir la ley a las asociaciones religiosas y ministros de culto, en su artículo 16, obtener concesiones para la explotación de estaciones de radio, televisión o cualquier tipo de telecomunicación o medio de comunicación masiva, incurre en violación del artículo 24 constitucional que garantiza la libertad de creencias religiosas que, necesariamente, implica la de difundirlas por cualquier medio de comunicación.
- l) Viola también la disposición mencionada el artículo 27, fracción II, que reconoce el derecho de las asociaciones religiosas para adquirir, poseer o administrar, los bienes que sean indispensables para su objeto. La prohibición impuesta por la ley reglamentaria, a que nos hemos venido refiriendo, vulnera de manera flagrante este derecho, en cuanto impide a las asociaciones adquirir, poseer o administrar medios de comunicación social para realizar su fin de difundir su credo religioso por cualquier medio y, por ende, mutila su derecho fundamental de libertad religiosa que lo implica.
- m) Las limitaciones que el artículo 27 citado autoriza establecer a la ley reglamentaria, de ninguna manera podría interpretarse en el sentido de que la ley contraviniera o desconociera el derecho mencionado. Sería absurdo que la Constitución garantizara un derecho y a continuación facultara a la ley reglamentaria para que lo suprimiera. Es incuestionable que las limitaciones que puede imponer la ley son aquellas que sean compatibles con el derecho que limita, pero no la destrucción del derecho. Así, cuando la ley establece que las

asociaciones religiosas no pueden perseguir fines de lucro o requieren para adquirir un bien de la declaración de procedencia de la Secretaría de Gobernación, son limitaciones perfectamente conciliables con la naturaleza del derecho que limitan, pero de ninguna manera podría pretenderse que esa limitación consistiera en prohibir la posibilidad de que las asociaciones religiosas adquirieran los instrumentos idóneos —en este caso los medios de comunicación— para el cumplimiento de su fin. Y esto es exactamente lo que hace la ley al establecer la prohibición a que hemos venido aludiendo y, que por consecuencia, deviene inconstitucional.

- n) La doctrina moderna sobre la materia concibe que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende también el derecho a crear o usar los medios materiales a través de los cuales la difusión e hace posible.⁷

Así, pues, resulta claro que la ley ordinaria no puede violentar el espíritu y contenido de los artículos 24 y 27.II constitucionales lo que, además, vulneraría el sistema democrático.

- o) La prohibición contenida en el artículo 16 de la ley está en contradicción con otras disposiciones del mismo ordenamiento como las del ya citado artículo 9o. que reconoce el derecho de las asociaciones religiosas a propagar su doctrina religiosa y a celebrar todo tipo de actos jurídicos para el cumplimiento de su objeto, siendo lícitos, y siempre que no persigan fines de lucro.

VII. VIOLACIÓN DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y DE IMPRENTA

Pugna la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 16 de la ley reglamentaria con los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, que consagran sendas libertades de expresión, oral o escrita, sobre cualquier materia, lo que obviamente incluye la materia religiosa.

En otros términos, la libertad de difundir por cualquier medio las ideas o creencias religiosas, no sólo está protegida en forma específica por el derecho de libertad religiosa, sino también, de manera genérica, por las garantías establecidas en los dispositivos constitucionales mencionados en el párrafo precedente.

⁷ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 391.

El artículo 60. de la Constitución consagra la libertad de expresión de ideas, en los siguientes términos: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Este derecho de libertad de expresión —como lo concibe la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos— no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o a escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado de cualquier índole para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.

De aquí que nuestro texto constitucional, por reforma publicada en el *Diario Oficial* del 6 de diciembre de 1977, adicionó al contenido del artículo 60. el derecho a la información. Con ello se quiso explicitar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, que comprende su derecho de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias.

Por ello, como señala Ernesto Villanueva,⁸ “las libertades de expresión e información se han convertido hoy en día en un bien social y jurídico de la democracia occidental que nadie osaría poner en duda”. Y es que estas libertades —añade el autor citado— forman parte de los principios esenciales de la “teoría jurídica que sostiene la preexistencia de derechos inmanentes al ser humano en tanto sujeto de un orden social”.⁹

De lo anterior se deriva la exigencia de que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente como lo precisa Miguel Carbonell, “que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios”.¹⁰ Son los medios de comunicación social —oral, escrito, artístico, visual o electrónico— los que sirven para mate-

⁸ Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, México, LVII Legislatura de la Cámara de Diputados-Universidad Iberoamericana, 1998, p. 23.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 7, p. 412.

realizar el ejercicio de la libertad de expresión.¹¹ La moderna doctrina aplica la vieja sentencia tomista de quien quiere el fin quiere los medios; es decir, en la actualidad el derecho a la libre emisión de pensamiento, de difusión de ideas, implica necesariamente el derecho de acceso —en todas sus modalidades— de los instrumentos de comunicación social.

En este sentido conviene citar un criterio jurisprudencial que sostiene, en relación con el artículo 6o. constitucional, que

la libertad de expresar las ideas y de comunicarlas, incluye lógicamente también las ideas filosóficas, científicas, artísticas, religiosas, etcétera, y todas las formas y maneras como esas ideas y expresiones artísticas pueden difundirse, lo que incluye la poesía, la música, etcétera. Ahora bien, la libertad constitucional de expresar ideas debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar libremente todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas. Y esto incluye necesariamente también los medios masivos de difusión. Pues *sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio o monopolio de las autoridades el uso, a su antojo, de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, el radio y la televisión.*¹²

Lo anterior encuentra sustento en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de opinión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Posteriormente, el 16 de diciembre de 1966, esta libertad es ratificada en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al disponer que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de actividades públicas o sin consideración de fronteras”.¹³

¹¹ *Ibidem*, pp. 412 y 413.

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima época, sexta parte, p. 120. Citado por Carbonell, *op. cit.*, nota 7, pp. 388 y 389.

¹³ *Cfr.* Villanueva, Ernersto, *op. cit.*, nota 8, pp. 27 y ss.

El artículo 7o. constitucional, por su lado, consagra la libertad de prensa o de imprenta, como una dimensión del derecho de libertad de expresión establecida en el artículo 6o. de la propia carta magna. En su primer párrafo el referido artículo 7o. dice lo siguiente: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”.

Por último, no deja de tener interés referirse a la opinión del profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca —Teodoro Jiménez Urresti— sobre el punto que ha venido siendo objeto de nuestro análisis.

Aquí la cuestión —dice Jiménez Urresti— es el por qué (motivo) y el para qué (finalidad) del párrafo segundo del artículo 16 de la LARCP, que pone dichos límites de *prohibición*, que es la incapacidad jurídica, inhabilitación impuesta a las asociaciones religiosas.

Si la personalidad jurídica consiste —agrega dicho autor— en la capacidad de realizar actos jurídicos, no se entiende porque la LARCP quiere recortar de ese modo la actuación de las asociaciones religiosas, en materia en que la Constitución no da un tal mandato, implícito, a la ley reglamentaria, ni el artículo 27.II de la Constitución ni ninguna norma constitucional les prohíbe poseer o administrar tales medios.

Por todo ello, concluye el jurista citado, al carecer la LARCP de tal mandato para regular y menos reducir el derecho constitucional de información a las asociaciones religiosas, tales recortes son *manifiestamente inconstitucionales*: sobrepasan el mandato que la da la Constitución, y por ello extrapolan su propia función y competencia de la LARCP. Constituyen además *discriminación por motivo religioso*. Son, pues, *nulos*.¹⁴

VIII. DIVERSAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS DE LOS MINISTROS DE CULTO

El referido segundo párrafo del artículo 16 de la LARCP, adolece también de grave vicio de inconstitucionalidad al prohibir no sólo a las asociaciones religiosas, sino igualmente a los ministros de culto, el derecho de poseer o administrar concesiones para la explotación de estacio-

¹⁴ Jiménez Urresti, Teodoro Ignacio, *Relaciones reestrenadas entre el Estado mexicano y la Iglesia*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 1994, p. 112.

nes de radio, televisión o cualquier tipo de telecomunicación, ni adquirir, poseer o administrar cualquiera de los medios de comunicación masiva.

En ninguna parte de la Constitución se limitan o restringen a los ministros de culto los derechos involucrados en el multicitado párrafo segundo del artículo 16 de la ley reglamentaria. Por el contrario, el artículo 24 de la ley fundamental consagra el derecho de libertad religiosa en su dimensión individual, que incluye evidentemente a los ministros de culto y que implica —como ya se explicó ampliamente en otro lugar— el derecho de crear los medios materiales para dar cauce a la libre emisión y divulgación de las creencias religiosas.

Por cuanto toca al artículo 130 constitucional, que restringe a los ministros de culto el ejercicio de algunos derechos, y sin entrar aquí a considerar si son justificables dichas limitaciones, debe ponerse en evidencia que bajo ninguna forma o circunstancia los priva del derecho de adquirir o poseer concesiones para explotación de los medios de comunicación masiva o adquirir, poseer o administrar dichos medios, como inconsultamente se los prohíbe en forma categórica la disposición de la LARCP que nos ocupa.

Es indudable, además, que las restricciones en comento constituyen un caso de flagrante discriminación en perjuicio de ciudadanos que, por su sólo carácter de ministro de culto, es decir, por su actividad de naturaleza religiosa, se ven impedidos del ejercicio de derechos fundamentales, que les son reconocidos al resto de los ciudadanos en cuanto personas humanas. De esa manera, el artículo 16 de la ley reglamentaria incurre en una doble violación al artículo 1o. de la Constitución, en tanto establece restricciones de garantías individuales que no están previstas en la propia Constitución, como lo exige el párrafo primero de dicho dispositivo constitucional, y en tanto violenta la cláusula de no discriminación, que como garantía individual consagra el párrafo tercero del mismo precepto, toda vez que, como ha quedado asentado en el párrafo anterior, se priva a los ministros de culto de los referidos derechos por motivos o razones de orden religioso.

Como ya se hizo el señalamiento respecto de las asociaciones religiosas, relativo a la notoria violación de sus derechos de libertad de pensamiento, de divulgación de ideas y de imprenta, en que inurre el artículo 16 de la ley reglamentaria, *a fortiori* se agravan esos mismos derechos en perjuicio de los ministros de culto.

Si desde la perspectiva del derecho específico de libertad religiosa consagrada en los artículos 24 y 130 de la Constitución, la prohibición del párrafo segundo del artículo 16 de la ley, conculca a los ministros de culto los derechos de libertad de expresión y de divulgación de ideas y creencias religiosas que, como ya se argumentó antes, implican la capacidad de adquirir, poseer o administrar medios de comunicación u obtener concesiones (en igualdad de condiciones que otros solicitantes) para su explotación, desde el prisma de los derechos genéricos de libertad de pensamiento y de imprenta, contenido en los artículos 6o. y 7o. constitucional, igualmente se les conculcan esos derechos, deviniendo, por tanto, inconstitucional el artículo 16 de la ley reglamentaria, que nos ocupa.

En efecto, como ya se señaló arriba y ahora sólo reiteramos en forma concisa, los artículos 6o. y 7o. de la Constitución consagran las garantías de libertad de expresión de pensamiento y de imprenta. Es decir, en ambos dispositivos se garantiza las dos maneras de emitir o exteriorizar el pensamiento: oral y escrita. Armonizando los artículos 6o. y 7o., que son atinentes a la libertad de *publicar y escribir*,

se llega a la conclusión de que la garantía individual contenida en el primero se contrae a la *manifestación o emisión verbal u oral de las ideas* (pensamientos, opiniones, etcétera), la cual puede tener lugar concretamente en conversaciones, discursos, polémicas, conferencias y, en general, en cualquier medio de exposición por conducto de la palabra; refiriéndose dicha garantía igualmente a otros *medios no escritos* de expresión de las ideas, tales como las obras de arte en sus diversas manifestaciones musicales, pictóricas, esculturales, etcétera, así como a su *difusión bajo cualquier forma*,¹⁵ [como radio, televisión, cinematografía o cualquier tipo de telecomunicación o medios de comunicación masiva].

La prohibición contenida en el aludido artículo 16 de la ley viola, además, el artículo 5o. constitucional, que consagra la libertad de trabajo en los siguientes términos: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”.

De la disposición acabada de transcribir, claramente se infiere que la libertad de trabajo se hace extensiva a toda persona, a toda habitante de la República, independientemente de su condición particular de sexo, capaci-

¹⁵ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 19a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 350.

dades diferentes, condición social, origen étnico o nacional, creencias o *status* religioso. Excluir de dicha garantía a una persona por cualquiera de dichos motivos y que tenga como consecuencia anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, además de conculcar la garantía del artículo 5o. constitucional, incurre en un manifiesto acto de discriminación que atenta contra el artículo 1o. de la ley suprema. Es, pues, indubitable, que la multicitada prohibición de la ley reglamentaria, pugna por partida doble con los derechos y libertades garantizados por los artículos 1o. y 5o. de nuestra Ley suprema, causando con ello ingentes agravios a ciudadanos que ejercen el ministerio de algún culto religioso, que por esa sola circunstancia se les degrada a ciudadanos de segunda clase.

En este orden de ideas, hay que enfatizar que la *calidad de ciudadano* constituye una clave verdaderamente esencial del Estado democrático, fundado sobre la igual participación de todo ciudadano con la soberanía popular. “En ese plano —señala Viladrich— no hay ni puede haber diferencias de calidad o posesión de título, porque la violación de esa común y radical condición o, lo que es lo mismo, la existencia de diversas categorías de ciudadanos en un Estado democrático, no sólo representa la conculcación de un derecho subjetivo sino también la negación de su esencia democrática”.¹⁶

Hay que señalar, por otro lado, que del texto del artículo 5o. constitucional se desprende una limitación en cuanto al objeto de la libertad que tutela: se requiere que la actividad comercial, industrial, profesional, etc., sea *lícita*. Como lo señala Burgoa, la ilicitud de un acto o de un hecho es una circunstancia que implica *contravención a las buenas costumbres* o a las *normas de orden público*.¹⁷ Por su parte, el artículo 1830 del Código Civil dice: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Es obvio, pues, que la prohibición establecida en la multi invocada disposición contenida en el artículo 16 de la LARCP, en perjuicio de los ministros de culto, es una limitación a una actividad totalmente lícita, por lo que no se encuentra en la hipótesis del artículo 5o. constitucional que establece la limitación al derecho a la libertad de trabajo, profesión, in-

¹⁶ Viladrich, Pedro Juan *et al.*, “Principios Informadores del derecho eclesiástico español”, en Navarro-Valls, Rafael (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, 3a. ed., Pamplona, EUNSA, 1993, p. 202.

¹⁷ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 19a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 312.

dustria, etcétera, y consecuentemente, la prohibición en cuestión de la ley reglamentaria contraviene la referida garantía constitucional.

Las otras limitaciones establecidas en el artículo 5o. a la garantía de la libertad de trabajo no se hace necesario hacer referencia a ellas porque son totalmente extrañas a la cuestión que nos ocupa.

En resumen, debe insistirse en que ninguna ley puede establecer más limitaciones a la garantía de la libertad de trabajo que las previstas de manera categórica y restrictiva en el artículo 5o. de la carta magna. Al introducir el artículo 16 de la LARCP otras limitaciones y restricciones para que los ministros de culto estén impedidos para ejercer actividades —de suyo lícitas— relacionadas con los medios de comunicación social, a los que nos hemos venido refiriendo, resulta de ello una flagrante violación a las garantías consagradas en el citado artículo 5o. constitucional.

En otros términos, toda disposición legal en sentido material que limite dicha libertad, fuera de los casos establecidos en el precepto constitucional en cita —vicio en el que incurre el multicitado artículo 16 de la ley— debe considerarse que es violatoria de la Constitución.¹⁸

IX. VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

La prohibición del artículo 16 de la LARCP constituye, además, una flagrante violación a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2003), que en su artículo 9o. establece lo siguiente: “Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades”. A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias: “X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, admi-

¹⁸ Como la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 16 de la ley reglamentaria que, como creemos que ha quedado demostrado en nuestra exposición, rebasa el texto y los límites de la fracción II del artículo 27 de la Constitución y, en consecuencia de lo cual, dicha prohibición es notoriamente inconstitucional, al tratar de aplicarse en un determinado caso concreto a una asociación religiosa o a un ministro de culto, podrán éstos combatir el primer acto de ejecución en perjuicio de ellos, a través del juicio de amparo ante un juez de distrito, con base en la parte final de la fracción I del artículo 114 de la Ley de Amparo. *Cfr.* Sánchez Medel, Ramón, *op. cit.*, nota 5, p. 54.

nistración y disposición de bienes de cualquier otro tipo”... “XVI. Limitar la expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público”.

La disposición antidiscriminatoria indicada en el párrafo precedente encuentra su fundamento en el artículo 1o., párrafo primero, de la constitución que establece que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. Y en su párrafo tercero prohíbe la discriminación en los siguientes términos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, *la religión*, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Resulta paradójico que una asociación civil con fines religiosos —perfectamente posible conforme a nuestro derecho—, o cualquier otro tipo de sociedad legalmente constituida, puedan ser sujetos de concesión de medios de telecomunicación, y no así las asociaciones religiosas, a las cuales la ley injustificadamente les veda este derecho. O, en tratándose de ministros de culto, se les prohíba éste y otros derechos conexos con los medios de comunicación, por razones de carácter religioso, cuando a los demás ciudadanos justamente se les reconoce como garantías constitucionales.

En ambos casos, el de las asociaciones religiosas y el de los ministros de culto, las prohibiciones que les impone el párrafo segundo del artículo 16 de la ley reiteradamente aludida, constituye un patente caso de desigualdad jurídica y, por ende, de discriminación, que, consecuentemente, debe ser suprimido.

X. CONCLUSIÓN

Como ha quedado demostrado en la precedente exposición, según creemos, el párrafo segundo del artículo 16 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, contiene diversas y graves restricciones al derecho de libertad religiosa tanto de las asociaciones religiosas como de los ciudada-

nos que tienen el estatus de ministros de culto, las cuales contradicen notoriamente los derechos y libertades consagrados en los artículos 1o., 5o., 6o., 7o., 24 y 130 de la Constitución, así como los artículos 7o., 17, 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; 7o., 17, 18, 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; 12, 13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

En esa virtud, la referida disposición de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público debe de considerarse inconstitucional y, consecuentemente, debe ser derogada mediante el proceso legislativo correspondiente.

EL CASO “MASSA” Y EL REGRESO
A LA JURISPRUDENCIA CONVALIDATORIA
DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA

Antonio María HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El caso*. III. *Los argumentos de la Corte*. IV. *Nuestra opinión*.

I. INTRODUCCIÓN

Adelanto que efectuaré este comentario desde una perspectiva esencialmente institucional, con particular énfasis en la función de control de constitucionalidad que debe corresponder a nuestro Poder Judicial y a la Corte Suprema en particular en nuestro Estado de derecho, sobre las emergencias y sus institutos.

En consecuencia, no profundizaré otros aspectos del fallo, vinculados a los problemas de derecho civil y bancario o incluso a consideraciones interdisciplinarias económicas, que también están implicadas.

Pero es esta la oportunidad para recordar muy sintéticamente que con esta resolución, la corte intenta cerrar definitivamente gran parte de los reclamos iniciados por el denominado “corralito” financiero y bancario, que comenzara en su primera versión, hace más de cinco años, mediante el dictado del decreto de necesidad y urgencia 1570/01 y que fuera luego agravado en sus efectos por la segunda versión, mediante el decreto 214/02.

La valoración constitucional de esta resolución de la Corte necesariamente requiere un análisis histórico y un marco teórico, que he efectuado anteriormente en mi libro “Las emergencias y el orden constitucional” y

* Profesor titular de Derecho constitucional y profesor titular plenario de Derecho público provincial y municipal; director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

al cual me remito,¹ donde considero lo ocurrido entre aquel lejano 1o. de diciembre de 2001 en que se dictara el primero de los decretos citados y el 5 de marzo de 2003, cuando la Corte Suprema fallara el caso “Provincia de Luis”.

En esa etapa se produce bajo el punto del control de constitucionalidad del Poder Judicial, un cambio de la jurisprudencia sobre emergencia económica, que había sido en general convalidatoria de las mismas. En efecto, los fallos de los jueces y camaristas federales declararon la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia, lo que fue confirmado por nuestro más alto Tribunal en los casos “Smith” del 1o. de febrero de 2002 y luego en “Provincia de San Luis”, en la fecha antes referida.

Los acontecimientos posteriores indican que aunque los tribunales inferiores siguieron manteniendo ese criterio, la Corte Suprema con nueva integración comenzó a variar su posición, volviendo a su anterior jurisprudencia convalidatoria, a partir fundamentalmente de los casos “Cabrerá”, en 2004, luego “Bustos” también de dicho año y finalmente “Masa”, del 27 de diciembre de 2006. Para el análisis de esta última etapa histórica nos remitimos a la ajustada síntesis efectuada recientemente por Pablo Manili al comentar este mismo fallo.²

¹ En sus dos versiones: Hernández, Antonio María, *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002 y *Las emergencias y el orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Rubinzal-Culzoni, 2003, edición ampliada, con el comentario del caso “Provincia de San Luis”. Al referirme a la inconstitucionalidad del “corralito financiero y bancario” analicé los siguientes aspectos: el decreto 1570, la reacción popular, los derechos individuales violados, la inconstitucionalidad de dichas medidas, la misión del Poder Judicial y el caso “Smith”, la Ley de Emergencia 25.561 y su inconstitucionalidad, el decreto 214 y su inconstitucionalidad, el decreto 320, la Ley 25.587 y su inconstitucionalidad, el decreto 905, el decreto 1316 y reflexiones finales. En cuanto al marco teórico que utilizo para este comentario, también me remito a este libro en su primera parte, donde me refiero a estos puntos: Concepto de emergencia; emergencia y estado de derecho; clasificación de la emergencia y sus institutos; breve análisis de los institutos de emergencia en la historia institucional de nuestro país, —donde distingo entre los institutos previstos por la Constitución (intervención federal, estado de sitio, decretos de necesidad y urgencia y delegación legislativa), de los prohibidos (artículo 29) y de los no previstos (gobiernos *de facto*, ley marcial, estado de prevención y alarma, estado de asamblea, poder de policía de emergencia y caducidad de los mandatos, que también considero inconstitucionales)—; y finalmente, la decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional.

² “La propiedad privada es inviolable (artículo 17 de la Constitución Nacional)”, *Suplemento Especial del Diario La Ley*, Buenos Aires, 29 de diciembre de 2006, pp. 35 y ss., especialmente en el punto de antecedentes.

Tampoco ahora queremos dejar de reiterar en referencia al denominado “corralito” lo que antes sostuvimos: no se puede comprender en toda su dimensión este complejo problema y sus repercusiones no sólo jurídica sino también políticas, sociológicas, económicas y humanas si no se advierte que se ha lesionado a una cifra calculada en 5 millones de ahorristas (lo que repercute en toda la sociedad argentina), 90% de los cuales tenían depósitos que no superaban los 50,000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas de la sociedad, o sea las más afectadas por las políticas vigentes, y en definitiva, por la decadencia argentina.³

Asimismo, también referimos que el “corralito” comprendía estos aspectos conexos: *a)* la confiscación de los depósitos de millones de ahorristas, *b)* la investigación de los hechos ilícitos cometidos en dicho proceso y *c)* la licuación del pasivo de los sectores económicamente más poderosos del país al producirse la pesificación por el mismo decreto 214.

Consideramos en consecuencia que esta emergencia económica fue la más grave que ha soportado el país y que la misma en modo alguno significó solamente la violación del derecho de propiedad, como en general se ha considerado y en especial por el fallo que analizaremos, sino de un amplísimo abanico de derechos y garantías individuales, además de las lesiones al sistema republicano y al Estado de derecho.⁴

II. EL CASO

En este caso “Massa Juan Agustín vs. Poder Ejecutivo Nacional”, fallado el 27 de diciembre, los cinco jueces que votaron de nuestro más alto tribunal, ministros Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Fayt y Argibay —aunque los dos últimos según sus respectivos votos—, resol-

³ Véase mi libro *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, p. 89.

⁴ *Ibidem*, pp. 89-92, donde analizamos los derechos individuales violados por la primera versión del corralito, agregando al derecho de propiedad los de defensa del valor de la moneda y del desarrollo humano. Dicha lista de derechos y garantías violados se hizo amplísima con la segunda versión del corralito o corralón, a través del decreto 214, y abarcó los antes mencionados hasta el derecho a la vida, —ya que decenas de ahorristas murieron como consecuencia directa de ello—; a la salud —puesto que ha sido incalculable la cantidad de lesionados psíquicamente por este proceso—, a acceder a la justicia, entre muchos otros. *Ibidem*, p. 112.

vieron admitir un recurso extraordinario y dejar sin efecto el fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había hecho lugar al amparo planteado por un ahorrista y que había condenado a los demandados a devolver el importe correspondiente a los dólares depositados en el Bank Boston, luego de declarar la inconstitucionalidad del decreto 214/02 y sus normas complementarias.

No obstante ello, la Corte declaró

el derecho de la actora a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago, más la aplicación sobre el monto así obtenido de intereses a la tasa del 4% anual —no capitalizable— debiendo computarse como pagos a cuenta las sumas que —con relación a dicho depósito— hubiese abonado la aludida entidad a lo largo de este pleito, así como las que hubiera entregado en cumplimiento de medidas cautelares.⁵

Este aspecto constituye para nosotros la esencia del fallo: la declaración de constitucionalidad de las normas que implantaron el corralito, aunque sin perjuicio de ordenarse la devolución del dinero al ahorrista, en la forma estipulada. Y ello analizaremos según los criterios adelantados en la Introducción.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE

El alto tribunal sostiene en el considerando 21 del voto mayoritario de los ministros Highton de Nolasco, Zaffaroni y Lorenzetti, que la “compatibilidad entre la protección del patrimonio del ahorrista y la fijación del valor de la moneda”, ha sido lograda por la legislación de emergencia dictada, cuya constitucionalidad está fundada en los siguientes argumentos:

- a) El principio de la “soberanía monetaria”,⁶ “ya que el Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las di-

⁵ Véase Fallo Massa (citado en el texto), *ibidem*, p. 49.

⁶ El énfasis pertenece a la Corte, que además menciona los fallos 52:413, 431 y 149:187, 195 (*cfr.*, *Suplemento especial...*, *cit.*, nota 2).

visas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (artículos 75, inciso 11, y 76)".⁷

- b) La coincidencia con el caso "Bustos", ya que textualmente se dice: "Siguiendo esta centenaria jurisprudencia, el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, coincidiendo, en este aspecto, con lo ya resuelto por esta Corte (*conf.* causa «Bustos», fallos 327:4495, *La Ley*, 2004, F, 713), sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia".⁸
- c) Porque "una interpretación contraria a esta regla fundamental del funcionamiento económico, efectuada años después de establecida, traería secuelas institucionales gravísimas, lo cual sería contrario al canon interpretativo que obliga a ponderar las consecuencias que derivan de las decisiones judiciales (fallos 312:156)".⁹
- d) Porque "de acuerdo con esta centenaria jurisprudencia y en las circunstancias actuales no se ocasiona lesión al derecho de propiedad".¹⁰

Debemos indicar que esta fundamentación no fue compartida por los otros dos ministros firmantes, Fayt y Argibay, que presentaron distintos votos.

En este sentido, el primero mencionado indicó que dicha normativa de emergencia no causaba en la actualidad lesión al derecho de propiedad del ahorrista y que tal conclusión no implicaba que por otra vía procesal distinta al amparo, pudieran reclamarse daños causados.¹¹ Además, dejó a salvo sus opiniones anteriores sobre las cuestiones debatidas.¹²

⁷ *Idem.*

⁸ Véase, considerando 21, *idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Cfr.* fallo citado, voto del ministro Carlos Fayt, considerando 20, *ibidem*, p. 51.

¹² A su vez, es conocida la opinión de este ministro en los casos precedentes "Smith", "Provincia de San Luis" y "Bustos", donde sostuvo con amplia fundamentación la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia. Esto explica el considerando 10 de los votos tanto de la mayoría como del doctor Fayt, que expresa: "Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran la Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes lo suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones for-

A su vez Argibay fundamentó extensamente la inconstitucionalidad del decreto 214 con argumentos contrarios a los antes referidos del voto mayoritario, pero resolvió aduciendo gravedad institucional, acompañar la parte resolutive del fallo en conjunto, “en tanto unánime en el resultado económico”, para poner fin a los reclamos pendientes de solución.¹³

Finalmente mencionamos en este punto, que el Ministro Lorenzetti que suscribiera el voto mayoritario, efectuó una ampliación de fundamentos, con una referencia al contenido constitucional de los contratos y del derecho de propiedad y a la interpretación amplia de las restricciones dispuestas al respecto por las emergencias económicas, efectuada por la jurisprudencia de la corte suprema a lo largo de su historia. Después de calificar de “tolerante” dicho control de constitucionalidad, aboga por una interpretación estable, sobre la base de que “no hay un sistema jurídico emergencial o de hecho extraño al que tiene como base la carta magna”.¹⁴

IV. NUESTRA OPINIÓN

1. *Las emergencias en general y la decadencia de nuestro Estado de derecho*

El problema de las emergencias y su impacto en el estado de derecho es uno de los más graves y complejos a nivel mundial,¹⁵ pero especialmente en nuestra América Latina y en nuestro país.

muladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas” (*cfr. Suplemento especial...*, pp. 48 y 50, respectivamente).

¹³ *Cfr.* fallo citado, voto de la doctora Argibay, considerando 11, *ibidem*, p. 56.

¹⁴ *Cfr.* fallo citado, ampliación de fundamentos del doctor Lorenzetti, considerandos 25 a 30, *Suplemento especial...*, *ibidem*, pp. 56-58.

¹⁵ Véase el amplio y profundo informe núm. del relator especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Leandro Despouy, titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción”, de fecha 23 de junio de 1997, en el 49 periodo de sesiones de Naciones Unidas. En sus conclusiones y recomendaciones, Despouy expresa que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla. El relator especial nos ha adelantado el informe que presentará este año 2007, que en su capítulo III actualiza el antes citado. Por otra parte, es de próxima aparición el libro sobre *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, por parte de la Asociación

En el análisis que hemos efectuado al respecto en la historia institucional argentina¹⁶ arribamos a las siguientes conclusiones:

- a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.
- b) El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.
- c) En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.
- d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.
- e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto y firme ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad, lo que evidenció su falta de independencia y de cumplimiento de su rol como poder del Estado republicano.

Agregamos ahora que las emergencias han sido una de las causas principales de la anomia que padecemos, como otro de nuestros principales problema en relación a la Constitución y a la ley.¹⁷

Argentina y la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, con base en la mesa redonda internacional, realizada en Córdoba en 2005, con importantes trabajos que incluyen el análisis de la problemática en varios países de distintos continentes y con particular actualidad, ya que se analiza la reciente jurisprudencia de los más altos tribunales judiciales de Estados Unidos, Israel y el Reino Unido, sobre la lucha contra el terrorismo.

¹⁶ En nuestra obra sobre *Las emergencias...*, cit., nota 1, en el punto titulado “Breve análisis de los institutos de emergencia en la historia institucional de nuestro país”, donde recordamos los usos y abusos cometidos con cada uno de dichos institutos.

¹⁷ Véase Hernández, Antonio María *et al.*, *Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica*, México, UNAM, 2005, con base en un proyecto conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional —que en esos momentos presidía— y de Idea Internacional. En la primera de las diez propuestas que efectuamos para superar este grave problema, señalamos que se debía terminar con la legislación de

2. *El regreso a la jurisprudencia convalidatoria en materia de emergencias económicas*

Las emergencias económicas dieron origen a su instituto de emergencia respectivo: el poder de policía de “emergencia”, que no ha tenido consagración constitucional, pero que fue admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, de manera específica en el caso “Avico” de 1934, aunque ya tuvo un precedente en el caso “Ercolano” de 1922, cuando se admitió el criterio amplio del poder de policía, que incluía como finalidad el bienestar general.

A partir de allí, o sea hace ya más de 80 años, se fueron produciendo lesiones cada vez más graves de los derechos y garantías individuales, tal como lo ha referido calificada doctrina y hasta el mismo ministro Lorenzetti en el considerando 27 de su ampliación de fundamentos.¹⁸

En cuanto a la jurisprudencia de la corte suprema sobre el particular, se puede advertir que fue fundamentalmente convalidatoria de las medidas dictadas por el poder político de turno, lo que profundizó las lesiones cometidas al sistema republicano y al orden constitucional por parte también de los otros poderes, como lo muestra el análisis que sigue:¹⁹

En “Ercolano c. Lanteri de Renshaw, de 1922”, la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 11.157 de 1921 que había congelado los precios de los alquileres, al señalar que “el derecho de propiedad no es absoluto y existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad.

En “Avico c. De la Pesa”, fallado en 1934, la Corte declaró la constitucionalidad de la Ley 11.741 que había prorrogado por tres años las obligaciones hipotecarias y reducido sus intereses al 6%. Allí el alto tribunal expresó que “la gravedad y extensión de la crisis económica justifica

emergencia y las prácticas abusivas de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada (*ibidem*, p. 105). Debemos recordar que todavía seguimos con la vigencia de esta legislación de emergencia, pues el Congreso anualmente fue prorrogando la vigencia de la Ley 25.561.

¹⁸ *Suplemento especial...*, cit., nota 2, p. 57.

¹⁹ Remitimos a *Las emergencias...*, cit., nota 1, en el punto “El poder de policía de emergencia”, para mayor abundamiento, haciendo presente que allí están las citas doctrinarias y jurisprudenciales que hemos omitido aquí por razones de brevedad.

ampliamente la ley impugnada; todas sus disposiciones se proponen salvar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales”. Se reiteraron los fundamentos del anterior caso “Ercolano”, que admitían un amplio ejercicio del poder de policía, en base a la jurisprudencia norteamericana, pero es especialmente en este fallo que se consolida la doctrina de la Corte que admite la intervención del Estado en la economía con motivo de la emergencia económica y social. Bien destaca Lazzarini que en este caso, el procurador general doctor Horacio Rodríguez Larreta, siguiendo el standard de la Corte norteamericana, enumeró las condiciones para la intervención en la emergencia: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron posible la moratoria.

En “Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes”, fallado en 1944, la Corte sostuvo la constitucionalidad de una disposición de la Ley 11.747 por la que se establecía una contribución obligatoria del uno y medio por ciento del precio de venta del ganado, quedando automáticamente los productores convertidos en accionistas de la Corporación Argentina de Productores de Carne, cuyo objetivo era competir con los frigoríficos extranjeros en el monopolio del negocio de la carne. Aquí la Corte reiteró argumentos anteriores en el sentido que sólo al Congreso compete la elección de los medios empleados y al Tribunal decidir sobre su razonabilidad y que en este caso la restricción a los derechos de propiedad y de asociación se encontró justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y que fue proporcionada a los fines que se procuró alcanzar.

En “Vicente Martini e hijos”, resuelto en 1944, el alto tribunal avaló la constitucionalidad de la ley 12.591 de precios máximos, al sostener que las situaciones de emergencia autorizan el ejercicio del poder de policía en forma más enérgica.

En “Russo c. Delledonne”, fallado en 1959, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 14.442, prorrogado por las leyes 14.556 y 14.775, que paralizaba los juicios de desalojo y los lanzamientos. Ese mismo día también fue resuelto el caso “Nadur” y de ambos surge la

doctrina judicial que establece los cuatro requisitos en materia de emergencia, y que había sido anticipada como vimos por el procurador Rodríguez Larreta: *a)* situación de emergencia reconocida por el Congreso. *b)* persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país. *c)* transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales. *d)* razonabilidad del medio empleado por el legislador, “o sea adecuación de ese medio al fin público perseguido...y respeto del límite infranqueable trazado por el artículo 28 en orden a las garantías constitucionales”.

En “Cine Callao”, juzgado en 1960, el más alto tribunal admitió la constitucionalidad de la Ley 14.226 que obligaba la inclusión de espectáculos de variedades “en vivo” en los cines en oportunidad de las funciones cinematográficas, para paliar la desocupación de los artistas respectivos. Aquí la Corte llegó a sostener lo siguiente: “...el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes supone, naturalmente, la de su razonabilidad, a lo menos cuando juegan elementos de hecho. En consecuencia, correspondiendo al impugnante evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la ley 14.226 en su relación con las modalidades del caso, deber procesal que no cumplió, corresponde declarar que el artículo 1o. de aquella no es violatorio de los artículos 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional”.

En “D·Aste c. Caja Nacional de Previsión”, fallado en 1967, la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley 16.931 que había declarado inembargables los fondos de las cajas nacionales de previsión y había paralizado por 16 meses el trámite de los juicios por cobros de reajustes jubilatorios.

Así llegamos al conocido caso “Peralta Luis c. Estado Nacional”, resuelto por nuestro más alto tribunal en 1990, donde ratificó la doctrina judicial anterior en materia de emergencia y además avaló por primera vez el dictado de decretos de necesidad y urgencia, a través del 36/90 que había dispuesto el llamado plan Bonex, que significó la incautación de depósitos bancarios y su cambio compulsivo por bonos en un periodo de hasta 10 años. La Corte sostuvo que: “...el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico y social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autorizan al es-

tado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución”.

Además de ello y como lo refiere Midón en posición crítica que compartimos, el alto tribunal invocó una “interpretación auténtica” opuesta a una interpretación “estática”... ”que importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la república” y en base a ello aceptó la validez del decreto de necesidad y urgencia, fundando su determinación en dos razones centrales: *a)* que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios no adopta decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y *b)* porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en el decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados. Como si fuera poco, la Corte incluso sostuvo que el principio de la división de poderes es una “categoría histórica”.

Para nosotros resulta indudable, que este caso “Massa” —con sus precedentes inmediatos “Bustos” y antes “Cabrerá”— se inscribe en esa misma línea jurisprudencial antes descripta, ya que convalida la legislación dictada durante la emergencia al declarar su constitucionalidad, como se expresa en el voto mayoritario.

Los argumentos de dicho voto y especialmente el que hace referencia directa al caso “Bustos” comprueban nuestro aserto.

Se trata en definitiva, de cerrar esta emergencia con el mismo criterio de las anteriores, lo que reputamos disvalioso desde nuestra perspectiva institucional y constitucional vinculada a la vigencia plena del Estado de derecho.

3. Los argumentos del voto mayoritario

No compartimos dicha fundamentación por las siguientes razones que exponemos muy sintéticamente:

- a) No nos parece razonable ni adecuado desde una correcta interpretación de la Constitución el sostener que el principio de “soberanía monetaria” sea fundamento para posibilitar las lesiones producidas por el corralito. En primer lugar, porque ya hemos explicado que dichos daños en modo alguno se limitaron al derecho de propiedad, sino que afectaron una amplia cantidad de derechos y garantías,

además de lo vinculado con el funcionamiento pleno del Estado de derecho, el sistema republicano y la seguridad jurídica en general. En segundo lugar, porque incluso bajo el punto de vista económico y del derecho de propiedad, tampoco se puede admitir el daño infringido a los ahorristas del país, como ocurriera efectiva y palmaria-mente, como más adelante referiremos. En tercer lugar, por los argumentos de la doctora Argibay, en su voto de este caso, al desestimar la utilización del caso “Perry” de la Corte norteamericana como intento de justificación de la constitucionalidad del Decreto 214/02.²⁰

- b) En cuanto al argumento vinculado al precedente “Bustos”, tampoco lo compartimos porque: en primer lugar, representa la continuidad de la jurisprudencia convalidatoria de la Corte antes analizada, que produjo una notoria decadencia del estado de derecho y del orden constitucional;²¹ en segundo lugar, porque declaró la constitucionalidad del corralito, cuya inconstitucionalidad ha sido ampliamente fundamentada por calificada doctrina y por los casos “Smith” y “Provincia de San Luis” de la Corte Suprema, que a su vez ratificaron la jurisprudencia de los jueces federales inferiores, ante la violación de varios artículos de Constitución nacional y de tratados internacionales de derechos humanos;²² en tercer lugar, por los argumentos expuestos en particular por el ministro Fayt en los fallos antes citados,²³ además de “Bustos”; en cuarto lugar, por la sólida argumentación de la ministro Argibay sobre la inconstitucionalidad del Decreto 214²⁴ y en quinto lugar, por la magnitud de críticas formuladas por la doctrina al caso “Bustos”.²⁵

²⁰ Considerando 9 del voto de la doctora Argibay, *Suplemento especial...*, cit., nota 2, p. 56.

²¹ *Las emergencias...*, cit., nota 1, en sus dos ediciones, en su primera parte donde se analizan las emergencias en general.

²² *Ibidem*, en la segunda parte donde se analiza la inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario, con amplio análisis de doctrina y jurisprudencia. También allí expreso fundadamente mi opinión contraria a la constitucional del “corralito”.

²³ *Ibidem*, en su 2a. ed., donde se incorpora además mi comentario sobre el caso “Provincia de San Luis”, donde analizo especialmente la argumentación del doctor Fayt.

²⁴ Considerandos 2 al 10 del Voto de la Doctora Argibay, en el *Suplemento Especial...*, cit, nota 2, pp. 52-56.

²⁵ Ha sido prácticamente unánime la crítica formulada por la doctrina al fallo “Bustos” y de tal intensidad, que hasta se ha puesto en cuestión si se alcanzó la mayoría de

- c) Con respecto al argumento utilizado en relación a las secuelas gravísimas que podrían ocasionarse con un criterio jurisprudencial que no fuera convalidatorio de esta emergencia, estimamos también que no presenta una entidad suficiente para fundamentar la constitucionalidad del corralito. En primer lugar, porque esto tiene directa relación con el tiempo que transcurre entre la vigencia del instituto de emergencia y su respuesta judicial y en el caso concreto, resulta evidente que la actual integración de la Corte falló cinco años después, cuando los hechos ya se habían consumado.²⁶ En segundo lugar y en relación a lo anterior, porque no podemos dejar de recordar como principio general en la materia, que la justicia que no es oportuna no es justicia —como lo repetía Germán Bidart Campos— y mucho más, cuando se trataba de muy graves violaciones de derechos humanos, que originaron la presentación de más de 300.000 amparos.
- d) Finalmente, tampoco encontramos consistencia para el argumento esgrimido de que dicha legislación del corralito no produce “ahora” daños al derecho de propiedad. Tal como señalamos anteriormente, para nosotros en modo alguno los daños producidos por el corralito se reducen al derecho de propiedad y a una cuestión económica. Pero aún desde esta limitada perspectiva, estimamos que los daños no se pueden justipreciar en el valor actual del dólar en el mercado libre. A ello resta añadir los intereses producidos en todo el tiempo en que el dinero estuvo en poder de los Bancos, además de otros daños producidos —empezando por el daño moral— y en algunos casos por el lucro cesante. En este aspecto debe resaltarse lo expuesto por el ministro Fayt al respecto, que indica que ello debe discutirse posteriormente por la vía ordinaria. Asimismo, no hay que ser un especialista en economía para saber que el poder de compra de los dólares actuales no se puede comparar con su valor anterior. Por otra parte, no encontramos adecuada fundamentación desde lo estrictamente jurídico para justificar el “dibujo” efectuado

votos necesaria para que el fallo se haya podido considerar como tal. Véanse los comentarios efectuados por Bianchi, Badeni, Morello, Gelli, Midón, Manili, Gil Domínguez, Carnota, Barcesat, etcétera, publicados en *La Ley*, en oportunidad del *Suplemento especial* del diario *La Ley*, Buenos Aires, 2004 y en otras fechas durante 2005.

²⁶ Véanse los comentarios efectuados sobre este fallo por Barcesat, Bianchi, Boico, Carnota, Gil Domínguez, Gelli, Manili, etcétera, en el *Suplemento especial*, *idem*.

en el tema de los intereses, como lo ha indicado Pablo Manili.²⁷ De todas maneras, no podemos dejar de señalar que este fallo al ordenar la devolución de una suma de dinero prácticamente similar a la del mercado libre, comporta un notorio avance en relación a su precedente “Bustos”, que además rechazaba completamente los amparos.

4. *La necesidad de profundizar el control de constitucionalidad en esta materia*

Estamos convencidos que entre las razones que explican nuestra vivencia prácticamente permanente bajo situaciones de emergencia —como todavía lo estamos—, se encuentra la falta de un adecuado, estricto y firme ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Por el contrario, nuestro control fue meramente formal y enunciativo de los criterios de la jurisprudencia norteamericana que recepcionara el caso de “Avico”, pero que siempre convalidaba la legislación de emergencia dictada. Debido a ello, ante la ausencia de límites, dicha legislación de emergencia en los hechos fue superior a la propia Constitución y cada sucesiva emergencia importó más profundos, amplios y prolongados desconocimientos de los derechos individuales. Así hasta llegar al “corralito”, que comportó la más grave violación de derechos humanos.

En este largo y doloroso proceso de declinación del estado de derecho antes relatado, sin embargo no puede olvidarse la actitud de algunos señera de importantes juristas que alzaron sus opiniones contrarias a dicha jurisprudencia convalidatoria de las emergencias económicas. En particular, debemos recordar —como lo hace el ministro Lorenzetti—²⁸ a los doctores Bermejo, Repetto y Boffi Boggero que votaron en disidencia en los casos “Ercolano” (1922), “Avico”(1934) y “Cine Callao”(1960). Pero nosotros agregamos especialmente a Sebastián Soler, procurador general de la Nación, que en este último caso, expresara con brillantez y clarividencia:

²⁷ Véase el comentario de Pablo Manili en el *Suplemento especial...*, cit., nota 25, p. 41. Observamos ya en estos primeros días de febrero que la Corte está ratificando estos criterios en otros casos, para cerrar definitivamente los reclamos pendientes, pero esperamos que no aplique automáticamente la misma fórmula, ya que hay situaciones diferentes a considerar, como también ha señalado el autor en el trabajo indicado.

²⁸ Véase el considerando 27 de su ampliación de fundamentos, en el *Suplemento especial...*, *ibidem*, p. 57.

Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno de atribuciones discrecionales para resolver los problemas.

...y termina:

así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso.²⁹

En esta línea de análisis, debemos también recordar que aquella jurisprudencia convalidatoria de las emergencias fue dejada de lado en las causas relacionadas con el “corralito”, por parte de los jueces y camaristas federales de todo el país, que comenzaron a hacer lugar a medidas cautelares y a declarar la inconstitucionalidad de la legislación de emergencia iniciada por el decreto 1570 del 1o. de diciembre de 2001. Por eso sostuvimos que:

Ese accionar independiente del Poder Judicial que establece límites a las disposiciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes de la vía del amparo consagrado en el artículo 43 de la Ley Suprema, constituyen hoy —según nuestra perspectiva— el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de Derecho en la realidad angustiante de nuestro país.³⁰

²⁹ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 247:121.

³⁰ *Las emergencias...*, *cit.*, nota 1, en la primera parte, en el punto sobre el poder de policía de emergencia.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en el caso “Smith”, del 1o. de febrero de 2002, avaló tan importante modificación sobre el control de constitucionalidad, lo que mereció el siguiente comentario nuestro: “Reiteramos que más allá de los cuestionamientos que pueda merecer la Corte, en un análisis objetivo del fallo, no puede dejar de señalarse el cambio operado (aunque para nosotros deba ser más profundo), que tiende a modificar la omnipotencia de la legislación de emergencia, con restablecimiento de los derechos individuales conculcados, en ejercicio de sus competencias como uno de los poderes del sistema republicano”.³¹

Este nuevo criterio de la Corte fue reafirmado posteriormente en el fallo dictado en el caso “Provincia de San Luis”, de fecha 5 de marzo de 2003, que constituye para nosotros una de las resoluciones más importantes de la Corte y en particular en esta materia del control de constitucionalidad de las emergencias económicas. Hemos efectuado un extenso comentario del fallo en el que consideramos como aspectos más destacables: *a)* el cumplimiento de la misión del Poder Judicial —y de la Corte en particular— como verdadero poder del Estado en el sistema republicano, mediante el control de constitucionalidad; *b)* la afirmación de la supremacía constitucional, incluso en la emergencia; *c)* el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica; *d)* la adecuada valoración del amparo; *e)* los límites a la utilización de los decretos de necesidad y urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa y *f)* hacia un modelo democrático y liberal en materia de emergencia, al que también remitimos en razón de brevedad.³²

Estos precedentes “Smith” y “Provincia de San Luis” de la propia Corte, sumados a los establecidos en miles de causas del corralito por las sentencias de los jueces y camaristas federales que declararon su inconstitucionalidad,³³ nos indican que *puede y debe promoverse un cambio de*

³¹ *Ibidem*, segunda parte sobre la inconstitucionalidad del corralito financiero y bancario, punto V: La misión del Poder Judicial y el caso “Smith”.

³² *Ibidem*, nota 1, pp. 119-152. Indico que también este comentario integra el marco teórico que sostenemos para fundar nuestra opinión contraria a la argumentación del voto mayoritario en este fallo, y en particular, en lo relativo a la convalidación de la legislación de emergencia.

³³ Que incluso siguieron aplicando los mismos criterios pese a que la Corte había comenzado a regresar a su jurisprudencia convalidatoria anterior en el caso “Bustos”, en el 2004. Lo que para nosotros confirma, además, la importancia que tiene nuestro sistema

la *jurisprudencia convalidatoria* de las emergencias, pese al actual retorno promovido por este reciente fallo.

Esto significa la *fijación de nuevos standares para profundizar el control de constitucionalidad* y sujetar toda legislación de emergencia a las normas constitucionales, acorde a los principios democráticos y republicanos de nuestro Estado de derecho y a lo dispuesto al respecto incluso por tratados internacionales de derechos humanos.

En este aspecto, al proponer anteriormente este cambio,³⁴ recordamos las *pautas de limitación y control*, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos, en base a la conciliación entre la eficacia de los medios razonablemente elegidos para superar la emergencia y la protección de los derechos y libertades individuales:

- a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia.
- b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad.
- c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable.
- d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia.
- e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser juzgable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.

difuso de control de constitucionalidad, que debemos defender frente a cualquier intento de sustitución por un sistema concentrado.

³⁴ *Las emergencias...*, cit., nota 1, en sus dos ediciones, en la primera parte, punto IV: La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional. También han expresado la necesidad de fijar nuevas pautas en esta materia el ministro Lorenzetti en la ampliación de fundamentos, en los considerandos 29 y 30 de su voto (cfr. *Suplemento especial...*, cit., nota 2, pp. 57 y 58) y entre otros, Alberto Dalla Via, en su trabajo sobre las emergencias en América Latina, que será publicado próximamente en el libro *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, antes mencionado.

Asimismo, el maestro de derecho constitucional agregaba que ninguna emergencia ni instituto de emergencia podía conferir poderes superiores o ajenos a la Constitución ni suspender la vigencia de la misma.

En definitiva —decíamos en dicha oportunidad—,³⁵ pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, liberal y republicano y en consecuencia, aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que en la instancia tenga posiblemente mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso no deba participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse y además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de la supremacía constitucional. A esto último se ha sumado una notoria falta de eficacia para resolver las emergencias, que además de afectar la legitimidad democrática, nos ha originado el pasar de una emergencia a otra, en un estado de crisis permanente.

Pensamos que hay que subordinar la emergencia y sus institutos a la ley fundamental y limitar sus alcances, para tender a la normalidad y superar las dolorosas vicisitudes vividas a lo largo de extensos periodos de nuestra historia, donde lo transitorio se volvió permanente y lo excepcional se tornó ordinario.

Obviamente, para lograr estos propósitos son necesarios profundos cambios culturales, políticos, sociales y educativos, que son materia de otro análisis, pero que es imprescindible abordar para superar la anomia que es “esencialmente antidemocrática”, como lo explicara Nino.

³⁵ Véase *Las emergencias...*, cit., nota 1, en sus dos ediciones, en la primera parte, punto IV: La decadencia de nuestro Estado de derecho y la imperiosa necesidad de subordinar las emergencias al orden constitucional. Bidart Campos sostuvo dichas pautas en su recordado *Manual de derecho constitucional argentino*, que luego reprodujera en su más actual *Manual de la constitución reformada*.

¿LOS CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS
DE CIRCUITO EN MATERIA DE CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES
PUEDEN INTEGRAR JURISPRUDENCIA?

Jorge MEZA PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento del problema*. III. *Análisis de la jurisprudencia: origen e importancia en el sistema jurídico nacional*. IV. *Fundamento constitucional y legal de los órganos facultados para crear jurisprudencia*. V. *el control de constitucionalidad de normas secundarias por los tribunales colegiados de circuito*. VI. *El proyecto de Ley de Amparo del Poder Judicial de la Federación y la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el procedimiento de declaración general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme*. VII. *Propuesta para el mejoramiento del sistema de impartición de justicia constitucional*. VIII. *Conclusión*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

De los fines más indispensables que se pretenden tutelar con la creación del Estado moderno de derecho, se encuentra el de garantizar certidumbre jurídica a los gobernados, quienes recurren a las instituciones de justicia con la expectativa de que sus controversias sean resueltas en igualdad de razón.

Es en este sentido, la jurisprudencia se convierte en uno de los instrumentos de mayor relevancia social debido a su naturaleza vinculatoria

* Doctor en derecho por la UNAM; magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito.

que permite mantener la cohesión de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Debido a la alta responsabilidad que conlleva el encargo de crear jurisprudencia, toda vez que el criterio emitido en ésta tiene como propósito el fijar el correcto sentido y alcance de las normas jurídicas que rigen el actuar cotidiano, esta facultad esta reservada exclusivamente a los órganos terminales de justicia, como lo son el Tribunal Electoral, los tribunales colegiados de circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo, es la emitida por estos dos últimos órganos la que interesa para el presente estudio.

Estos altos órganos que integran al Poder Judicial de la Federación tienen además la encomienda de velar por la defensa de la ley suprema, convirtiéndose en órganos de control de constitucionalidad. Si bien, es la Suprema Corte de Justicia el intérprete máximo de la Constitución, papel que se reforzó mediante la reformas constitucionales de 1988, 1994 y 1999; los tribunales colegiados, asimismo, realizan una función interpretativa al tener injerencia en asuntos de control constitucional por medio de dos vías: por encargo directo de las propias leyes o de manera indirecta por acuerdo delegatorio de la Suprema Corte de Justicia.

Es en razón de lo anterior, que se considera que el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país reviste un carácter mixto, pues en una parte, la ley que rige a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sufrido transformaciones a fin de retomar la jurisdicción de los tribunales constitucionales pertenecientes a los sistemas de control concentrado, y en otra, los tribunales de circuito federales, pueden examinar cuestiones de constitucionalidad, tendencia que proviene del sistema de control difuso.

Sin embargo, las modificaciones que fueron necesarias para adecuar nuestro sistema jurídico dejaron una imprecisión derivada de la asignación de nuevas atribuciones a los tribunales colegiados de circuito, los cuales adquirieron el carácter de intérprete final sobre cuestiones de constitucionalidad respecto de leyes locales y reglamentos, tanto federales como locales, al conocer en última instancia del recurso de revisión que anteriormente era competencia exclusiva de la Suprema Corte.

Es en la convergencia de esta nueva atribución delegada por la Suprema Corte con la preexistente de integrar jurisprudencia donde se origina un vacío legal, toda vez que se cuestiona la capacidad de estos órganos de integrar jurisprudencia en materia de control de constitucionalidad de normas generales, haciéndose extensivo este cuestionamiento a los asun-

tos en amparo directo que versan sobre cuestiones de constitucionalidad de normas.

La polémica ha polarizado los criterios sobre este tema, llevando a corrientes opuestas, en donde por un lado se pugna por la incapacidad de estos órganos por emitir jurisprudencia en cuestiones de constitucionalidad y por otro lado se afirma la posibilidad de realizar tal tarea, y es justamente de esta situación de donde surge la necesidad de presentar las consideraciones que estructuran esta ponencia, la cual desde una perspectiva jurídica y funcional pretende demostrar la necesidad de la formación de criterios jurisprudenciales por parte de los tribunales colegiados para garantizar la certeza jurídica al Estado de derecho.

Este punto llevará a la propuesta de las modificaciones normativas tanto a la Constitución como a la Ley de Amparo, incluyendo la adición del artículo 232 de lo que hoy es el proyecto de Ley de Amparo, con el ánimo evidente, de que este último punto de modificación se retome en los precitados debates del Poder Legislativo.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Parte de la problemática del tema de la interpretación de los supradichos órganos, ha surgido en razón de la nueva asignatura que ha creado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fundamento en el artículo 94, séptimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a favor de los tribunales colegiados de circuito. Tal facultad se considera que es una potestad constitucional delegada de control de constitucionalidad de normas locales a cargo de los propios tribunales. Obviamente, tal decisión se justifica y deriva del evidente propósito de hacer funcional y expedita la tarea del máximo intérprete, para beneficio de nuestro sistema constitucional y de los justiciables.

La delegación de dicha competencia se explica si se toma en cuenta que históricamente en el Poder Judicial de la Federación, el número elevado de asuntos que ingresan, frente a la insuficiencia de órganos jurisdiccionales para resolverlos, han propiciado rezagos en la impartición de justicia a cargo de los tribunales del propio Poder.

Hoy en día, particularmente en los tribunales colegiados de circuito y juzgados de distrito se da este fenómeno con tendencia al incremento de asuntos y la dilación indeseable en su resolución, que ya es una preocupación incesante.

Como es sabido, en el pasado esta situación afectaba de manera importante a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido a la centralización de la justicia en su haber jurisdiccional, combinado con la enorme cuantía de asuntos que le ingresaban, en razón de su otrora competencia. Esta cuestión no le permitía ejercer el papel de único y fiel intérprete del mandato supremo, pero gracias al compromiso social de los miembros de la judicatura, aunado a las reformas legislativas, dieron respuesta al problema del rezago judicial, cuando menos transitoriamente, en relación con el alto tribunal, aminorando su carga de trabajo en materias no jurisdiccionales.

Fue a través de reformas diametrales de 1951, 1968, 1988 y 1995, que se dieron importantes transformaciones en la materia de amparo, en particular, en la competencia de los tribunales de la Federación.

Sin embargo, la última reforma constitucional aprobada por el poder constituyente permanente de 1999, que propició la citada modificación del párrafo séptimo del artículo 94, fue una decisión fundamental, porque facultó al tribunal más alto de la Nación para dictar acuerdos tendentes a lograr una mayor funcionalidad y expeditéz de su papel de tribunal de jurisdicción constitucional.

En seguimiento de ese noble propósito, con fundamento en el precepto constitucional invocado, el tribunal pleno procedió en consecuencia al dictado de diversos acuerdos para la remisión a los tribunales colegiados de circuito de los asuntos en los que se involucren temas de inconstitucionalidad de normas locales o federales; empero en estas últimas, cuando ya se hubiere establecido jurisprudencia firme, en los negocios judiciales en que conforme a los propios criterios de la Corte, se determine su turno a tales tribunales, para el logro de una pronta y completa impartición de justicia.

Esa trascendental decisión propició la creación de la mencionada competencia delegada a cargo de los tribunales colegiados de circuito, en materia de control de constitucionalidad de leyes estatales y reglamentos en la vía de amparo en revisión, aunada a la jurisdicción que desde 1988 ejercitan en materia de amparo directo, en temas de legalidad y dentro de dicha vía, destacadamente la cuestión, por vía incidental, del análisis de la constitucionalidad de normas generales aplicadas en el procedimiento o en las sentencias.

Así es que la dinámica propia de nuevas legislaciones, las necesidades de justicia constitucional del gobernado y el número siempre a la alza de

asuntos, han generado criterios que normativizan el nuevo contexto competencial y su realidad en la formación y creación de jurisprudencia de dichos órganos, así como la influencia determinante en el sistema jurídico nacional.

Es irrefutable que en la pragmática judicial, las unidades jurisdiccionales de que se viene hablando, en las distintas demarcaciones circuitales, dictan, mayoritariamente, sentencias definitivas en las instancias de amparo. Luego, en estas decisiones proceden a establecer criterios de inconstitucionalidad relacionados con todo tipo de disposiciones legales que son vinculantes para la mayoría de los tribunales judiciales, administrativos y laborales, incluyendo los juzgados de distrito.

A lo anterior debe agregársele lo relacionado con el contenido del proyecto de una nueva Ley de Amparo elaborado por la Comisión que para ese fin designó la Suprema Corte de Justicia, el cual fue posteriormente corregido y aprobado por el Pleno. Dentro de su postulado se contiene un capítulo relativo a la declaración general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme que tiene estrecha vinculación con el tema del presente estudio, como se verá más adelante.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA: ORIGEN E IMPORTANCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

Si la jurisprudencia es el arte de interpretación y aplicación del derecho vigente, como lo expresa el maestro Eduardo García Máynez, de esa sola enunciación se podría desprender la importancia de la misma, ya que participa de una entidad trascendental e importante, porque propicia el desenvolvimiento del derecho nacional, al esclarecerlo e integrarlo a través de la valoración teleológica y funcional que hacen los tribunales de garantías.

Para ninguno de los estudiosos del derecho es dubitativo entender este trascendental papel de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, entre otras cosas, porque como se sabe, representa una institución jurídica que conlleva la expresión vital del derecho.

A este respecto cabe preguntarse ¿cómo nace y cuáles son los antecedentes que dan vigencia y contenido a la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico nacional?, lo cual propiciará la información necesaria que demostrará el papel eficaz que tiene la jurisprudencia, como fiel reflejo de la esencia de la ley.

La cita más remota de la jurisprudencia en la historia jurídica del país, se dice que se remonta a 1840, año en que precisamente, en el dictamen de reformas a la Constitución, aprobado por la Junta Departamental de Guanajuato, se hizo alusión a las atribuciones de la Suprema Corte, no incluidas en el proyecto. En tal documento se sostiene la necesidad de formar un reglamento interior y aprobar o modificar el de los tribunales superiores de los departamentos, para así propiciar un reglamento general que expedita la administración de la justicia en todo el fuero de la república, lo que serviría de mucho al alto tribunal para conservar la uniformidad de la jurisprudencia y práctica de las leyes en el ramo judicial. Es claro que esta cita como tal, meramente referencial, no puede estimarse sea la base del origen de la jurisprudencia.

Años después, con el consabido nacimiento del juicio de amparo en la Constitución de 1857, se propició, aunque desafortunadamente hasta 1861 y 1869 respectivamente, la creación y vigencia de las leyes reglamentarias del juicio de garantías. En las leyes de la materia, se hace alguna referencia a normas atinentes que luego dieron pauta a la jurisprudencia, las que se omiten citar por razón de espacio necesario para el fin perseguido.

Relacionado con las referencias anteriores, la realidad es que fue hasta el año de 1882, cuando formalmente en la Ley de Amparo, nace la institución que hoy conocemos como jurisprudencia. Así, el artículo 70 de la ley reglamentaria es el primero que se ocupa de su cumplimiento imperativo.

Cierto, este precepto estableció que la concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte en cuando menos cinco ejemplares uniformes, se castigaría con la pérdida del empleo y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; mientras que si sólo ha procedido en falta de instrucción o descuido, quedará suspendido de sus labores por un año.

El precepto, como se advierte, amén de prever un tipo penal delictivo con su respectiva sanción para los juzgadores, representa el antecedente más objetivo de los artículos 192, 193 y demás relativos de la Ley de Amparo, que hoy en día fijan los parámetros legales para la formación de la jurisprudencia.

Finalmente, las consideraciones jurídicas que sustentan el precepto 70 de la citada ley, cabe decir que fueron ideas del insigne Ignacio L. Va-

llarta, para quien el concepto de exigibilidad de las cinco decisiones uniformes de la Suprema Corte, a cargo de los juzgadores, era vital para el derecho.

Además, se dice que las causas que originaron la figura jurídica, están íntimamente vinculadas con la incidencia y alto grado de promociones de juicios de amparo por el pueblo mexicano, lo que conllevó la circunstancia atinente al dictado de un gran número de resoluciones emitidas en la vía constitucional. Los temas que se discurrían trataban cuestiones de interpretación de la Constitución y de la ley, así como temas sustantivos y adjetivos de amparo, que inclusive en los inicios construyeron las teorías sustantivas y procesales del propio juicio de garantías. Es indiscutible que con tales discernimientos, a su vez, se propiciaron importantes criterios del alto tribunal, que con la facultad de interpretar la carta magna y sus principios, a lado de las leyes controvertidas, a través de los diferentes métodos de intelección, dieron paso a importantes normas jurisprudenciales.

Después de este periodo, en 1897 en que surge el llamado “periodo oscuro de la interpretación jurisprudencial”, se eliminó la institución de la ley de la materia. Afortunadamente, se reinstituyó en 1908. Fue pues en este último año, con la ley reglamentaria respectiva, a saber el Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando se previno que la jurisprudencia solamente se podía referir a la Constitución y a leyes federales. Así, para formar jurisprudencia, necesariamente se requería emitir cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario, que se tratase del mismo punto jurídico y que se conjugara una votación calificada de cuando menos nueve juzgadores. De esta forma, los jueces de distrito y el órgano creador de la misma deberían respetarla.

Las reformas que dieron pauta a las disposiciones legales de la Ley de Amparo en vigor, que se refieren a la materia de jurisprudencia, son las de 1951, que modificaron el artículo 107, fracción XIII constitucional, para reconocer a nivel fundamental tal figura jurídica. Después se da la modificación en 1967, que reafirma el fundamento constitucional de la jurisprudencia en el artículo 94, párrafo quinto, de la carta magna. En este mandato legislativo, se reitera de manera categórica que la jurisprudencia versará sobre la interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales; además de ser modificable e interrumpible con el mismo mecanismo de como fue creada.

Planteada la sinopsis de antecedentes, corresponde definir la jurisprudencia y su importancia en el sistema jurídico nacional, punto esencial para la presentación del presente ensayo.

En seguimiento de ello, podemos decir que la jurisprudencia, como fuente del derecho, se compone de dos acepciones distintas: la primera equivale a la ciencia del derecho o la teoría del orden positivo, y la segunda se concibe como un conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.

Así, en la dinámica propia producto del cúmulo de decisiones jurisdiccionales de los tribunales terminales de amparo, la jurisprudencia *lato sensu* es la resolución del órgano jurisdiccional; y la jurisprudencia *stricto sensu* es aquel sistema de reiteración de resoluciones emitidas por dichos tribunales, en las que se interpreta la Constitución, las leyes y reglamentos, para en ese proceso intelectual jurídico, conformar criterios jurisdiccionales, con esencia jurídica jurisprudencial.

Pero además, la jurisprudencia como norma de interpretación en el estado moderno de derecho, participa de una entidad trascendental, porque propicia el desenvolvimiento del derecho nacional, al esclarecerlo e integrarlo, a través de la argumentación teleológica y funcional que hacen los tribunales de garantías, en la que se privilegia la lógica formal pero con tendencia a la lógica material, que busca la resolución justa a favor del gobernado. En síntesis, éstas son las razones que dan fundamento de validez de la importancia y trascendencia de la jurisprudencia en la impartición de justicia.

IV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS ÓRGANOS FACULTADOS PARA CREAR JURISPRUDENCIA

En cuanto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito, únicos órganos facultados para sentar jurisprudencia y por ello artífices de la fuente del derecho, hay que señalar que son los artículos 94 y 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los que establecen bases de validez jurídica.

Tales preceptos inscritos dentro del capítulo IV de la Constitución, denominado “Del Poder Judicial”, a la letra dicen:

Artículo 94.- Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación, en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito...

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación, sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales y locales y tratados internacionales celebrados por el estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes...

XIII. Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados Tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el procurador general de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cual tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.

Adviértase que las bases constitucionales revelan la legitimidad para que los tribunales del Poder Judicial Federal, establezcan jurisprudencia, así como la remisión a la Ley de Amparo, de los mecanismos para su integración y modificación, pero sobre todo, las hipótesis legales en que la jurisprudencia es vinculante y obligatoria para autoridades jurisdiccionales expresamente determinadas.

Ciertamente, los fundamentos legales de tal potestad, se encuentran en el libro primero, título cuarto, capítulo único, denominado “de la jurisprudencia de la Suprema Corte y de los tribunales colegiados de circuito”, de la Ley de Amparo. Los artículos que interesan dicen:

Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en salas, es obligatoria para éstas en tratándola-

se de la que decreta el Pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de Circuito, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de salas y de Tribunales Colegiados.

Artículo 193. La jurisprudencia que establezca cada uno de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones de los tribunales colegiados de circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.

De toda esta normativa constitucional y legal se pueden desprender las siguientes consideraciones:

- a) La Constitución establece un sistema de control de constitucionalidad y, por ende, la potestad de interpretación constitucional que propicia el establecimiento de jurisprudencia, lo anterior deriva del párrafo séptimo del artículo 94 previamente transcrito.
- b) La jurisprudencia genera una especie de control difuso de constitucionalidad, porque llegado el caso del planteamiento del gobernado, de una acción ante la potestad judicial ordinaria, respecto de la legalidad de un acto y dado el caso de que éste esté fundado en una ley declarada inconstitucional por jurisprudencia, los tribunales de potestad común están obligados a aplicar la jurisprudencia y como efecto directo, declarar ilegal el acto, pero a través de la desaplicación de la ley viciada.
- c) Los preceptos legales reglamentarios, 192 y 193, en las partes normativas transcritas con antelación, establecen los procedimientos que regulan la formación y consecuente vinculación de jurisprudencia a las autoridades jurisdiccionales.

En efecto, para lo que aquí interesa, es el artículo 192 de la invocada ley, el que prescribe que la jurisprudencia instituida por la Suprema Corte de Justicia, sea que funcione en tribunal en pleno o en salas, es norma vinculatoria y por tanto, obligatoria su observancia dentro del ámbito específico de las atribuciones jurisdiccionales de todos los tribunales y juzgados sin importar el fuero ni la materia. Lo anterior, con la salvedad que la jurisprudencia emitida por el pleno, también obliga a las salas de la Suprema Corte, asimismo, que la jurisprudencia de las salas, obliga a los tribunales de potestad federal y común.

En lo que atañe al sistema para la creación de la jurisprudencia, cabe señalar que éste presupone la emisión de criterios jurídicos sobre temas idénticos, emitidos ininterrumpidamente y su aprobación para el caso de jurisprudencia, del Pleno y de las salas del máximo tribunal.

El otro mecanismo para la creación de jurisprudencia es el llamado sistema por uniformidad de criterios, aunque éste sólo lo puede establecer el mismo máximo tribunal, como lo sustenta la transcrita fracción XIII del artículo 107 constitucional, en tratándose de tesis contradictorias emitidas por tribunales colegiados.

En cuanto a la base legal de los tribunales colegiados para establecer jurisprudencia, se tiene que es el artículo 193 el que previene que estos órganos compuestos colegiadamente de tres magistrados, al emitir criterios interpretativos de la Constitución y de normas generales, en cinco casos y en forma idéntica, forman jurisprudencia. Lo anterior, con la condición de que sean aprobadas por una votación unánime de los magistrados que integran el tribunal colegiado.

V. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS SECUNDARIAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

De acuerdo con el estudio de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los preceptos de la ley reglamentaria de amparo, que relacionados con los procedimientos y formas del orden jurídico para el control de legalidad y constitucionalidad a cargo de los tribunales colegiados de circuito, en debida corroboración con los acuerdos generales 5/2001, 11/2005 y 14/2005, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se llega a la convicción de que los mencionados órganos colegiados, tienen competencia originaria y de-

legada en amparo en revisión para resolver toda controversia que se suscite por leyes locales y reglamentos que violen la carta fundamental y las garantías individuales.

Jurisdicción a la que se agrega la relativa, por vía incidental, al análisis de la inconstitucionalidad de leyes en amparo directo, que se funda en los artículos 158 y 166 fracción IV de la Ley de Amparo.

Derivado particularmente de la potestad de control constitucional, como se adelantó, en el foro judicial se han propiciado criterios jurídicos de diverso matiz, que más que nada han generado incertidumbre jurídica en el fuero del intérprete y de los operadores del derecho de amparo.

Los criterios que importan para este estudio, son aquellos que cuestionan si el control de constitucionalidad de los tribunales colegiados es o no pleno, por ser delegado por el máximo tribunal y si en ese trascendental papel de control se les permite o no generar jurisprudencia. A este efecto, se presenta una postura en contrario que alega que debido a que los tribunales de circuito tienen competencia delegada, no tienen la entidad de órganos de pleno control de constitucionalidad, ni poseen la dicción de la cuestión jurídica de amparo en última instancia. La postura más extrema, sobre todo porque afecta directamente el propósito funcional y de acceso a la justicia de amparo, es aquella que señala que los acuerdos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establecen la delegación de su potestad originaria de control de constitucionalidad, por sí mismos son inconstitucionales, de lo que deviene que la competencia delegada a los tribunales colegiados en amparo en revisión, también conllevan la misma conclusión.

La otra parte del problema surge en el contexto del amparo directo, en el que priva el criterio, concretamente de la magistratura constitucional, que señala que los tribunales colegiados de circuito y las consideraciones que fundan las declaratorias de inconstitucionalidad de normas aplicadas en el procedimiento o en la sentencia definitiva reclamada sólo son criterios de orientación, no aptos para formar jurisprudencia. Lo anterior debido a que el alto tribunal es el único encargado de resolver en última instancia, el recurso de revisión contra sentencias definitivas dictadas por las unidades jurisdiccionales citadas, en los que se involucran temas de inconstitucionalidad de normas generales. Aunque hay que acotar que el máximo tribunal no le desconoce a los órganos colegiados la facultad para crear jurisprudencia en temas de amparo legalidad.

Pues bien, de acuerdo con las posturas antes resumidas, lo que interesa aquí demostrar y resignificar, es la realidad jurídica de la asignatura a cargo de los tribunales colegiados de circuito y la eficacia de su funcionalidad en la impartición de justicia, cuando actúan en el examen y estudio de la inconstitucionalidad de leyes locales y reglamentos federales y municipales en amparo indirecto en revisión. Lo mismo que cuando lo hacen en el análisis de normas de cualquier nivel en el amparo directo y su incidencia en la impartición de justicia constitucional. Para ello se hace necesario refutar los criterios a que se hizo referencia, que ponen en cuestionamiento la invocada potestad jurisdiccional.

En primer lugar, es importante tener conciencia de la realidad que priva en el ámbito estatal, en que se fincan las relaciones entre los particulares y las autoridades. En esta vinculación de *supra* a subordinación, por razones obvias, surgen actos y normas que violan la Constitución y los derechos del gobernado. Luego, éste tiene necesidades de acceso inmediato, eficaz y pronto a la justicia de amparo. Esta función y su eficacia y prontitud integral, desde el punto de vista de este planteamiento, sólo se logra con la justicia inmediata y terminal que hoy imparten los tribunales colegiados, que por cierto, porcentualmente es mayoritaria en jurisdicción terminal.

Seguidamente, hay que ponderar que la evolución legislativa de la Constitución y las leyes que de ella derivan en la materia de control de constitucionalidad originaria a cargo del máximo tribunal, en un nuevo escenario democrático, por un lado tiende a modificarla, es decir, a que la suprema corte resuelva los asuntos de interés e importancia jurídica nacional, dentro de los que caen, por supuesto, los que tienen que ver con inconstitucionalidad de leyes federales y tratados internacionales, que puedan aquejar el haber de garantías de los gobernados a nivel nacional, aunado al conocimiento de las controversias constitucionales, en las que se plantean transgresiones de las atribuciones orgánicas y funcionales de los diferentes niveles de gobierno y también asuntos de inconstitucionalidad abstracta de normas generales, en las que se plantea la defensa de manera mediata, de la pureza de la Constitución y la repulsa de las leyes del sistema legal nacional.

En ese sentido, es entendible que las disposiciones en materia de competencia tengan como base el deseo de que la corte suprema se dedique a las citadas tareas como la de único intérprete de la Constitución, pero sin

trastocar el valor de acceso a la potestad de control de constitucionalidad ni la eficacia y expeditéz de la justicia.

De tal manera que el nuevo escenario permite ver esa realidad que ha dado pauta a los aspectos jurídicos y fácticos, que permiten concluir que los tribunales colegiados de circuito, en su papel de órganos de control de constitucionalidad, tienen y continuarán con competencia a la alza, en el desempeño de la potestad jurisdiccional plena.

Por lo tanto, los criterios de interpretación constitucional, apoyados en los artículos 94 constitucional y 193 de la Ley de Amparo, tienen una incidencia determinante, orientadora y reguladora, en el interior de las entidades federativas del país.

También resulta refutable el argumento de que los tribunales no son órganos originarios de control de constitucionalidad, porque no tienen la última decisión, y así por añadidura, tampoco forman tesis vinculantes. Al respecto, aceptando que no lo son del todo, no se comparte esta opinión, porque riñe con la realidad, en tanto y cuanto, de jure y de facto, en su función cotidiana emiten resoluciones mayoritariamente terminales y a más precisamente, en el tema de control de legalidad, también del de control de constitucionalidad terminal de leyes locales. Lo anterior se dice, merced a que por sistema, cuando se han dado proposiciones para que el máximo tribunal conozca de los asuntos en última instancia, este último órgano termina desechando las diversas instancias, lo que propicia la definitividad de los criterios de los tribunales.

Desde la perspectiva de la presente postura, también es contrastable la aludida inconstitucionalidad de los acuerdos del Pleno de la Corte, que ha propiciado la delegación del control de constitucionalidad.

Lo anterior, a partir de que el constituyente permanente, por razones de funcionalidad de la justicia de amparo, valor supremo del propio artículo 17 de la carta magna, ha propiciado, como se ha dicho, la potestad de la Suprema Corte, fundada en la propia Constitución, para crear acuerdos que tiendan a la eficacia de su función primordial para la obtención por el justiciable, de manera pronta y accesible, de los valores fundamentales y consecutivos del derecho.

Desideratum con el cual por cierto están ejecutando los tribunales colegiados de circuito con base en la competencia en la materia que nos ocupa, de lo que se concluye que los acuerdos tienen no solamente visos de constitucionalidad, sino fundamentos racionales de validez que los legitiman para el fin que se está buscando.

En cuanto al papel de los tribunales colegiados, concerniente al estudio de la inconstitucionalidad de leyes en amparo directo, cabe señalar que tampoco se comparte el criterio que les niega la facultad de interpretación constitucional y la de establecer jurisprudencia al respecto, con base en la argumentación jurídica de las sentencias.

Consideración que se sustenta también en lo que hoy es una realidad, en relación con las razones jurídicas que se contienen en las sentencias de amparo directo sobre temas de inconstitucionalidad.

Efectivamente, en la praxis judicial nos encontramos que estas decisiones también mayoritariamente, una vez dictadas, quedan firmes al no ser motivo de cuestionamiento y en las pocas ocasiones que llegan a controvertirse, el máximo tribunal de la república, desecha los recursos en el mejor de los casos, estimando que el asunto no reviste los requisitos de importancia y trascendencia para que tenga que decidir el punto jurídico.

En ese orden de cosas, tales consideraciones, aunadas a la potestad derivada del artículo 193 de la Ley de Amparo, que faculta a los tribunales para crear jurisprudencia, convierten el discurso jurídico de los magistrados de circuito, en temas definitivos que van estableciendo la teoría constitucional hacia el interior de los estados que conforman la Federación, y con ello, la jurisprudencia fuente del derecho y normas legales de beneficio de los gobernados.

En conclusión, se reitera, a partir de la interpretación sistemática del artículo 94 constitucional, en relación con el 193 de la Ley de Amparo y los acuerdos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, al lado del alto tribunal, los tribunales colegiados como integrantes del Poder Judicial de la Federación tienen la facultad de interpretar la Constitución cuando colisionan con ella leyes locales y reglamentos federales y locales, todo lo anterior al dirimir los juicios de amparo en revisión en que se cuestionen estas normas generales. Por tanto, establecen la fuente primordial del derecho, nos referimos a la jurisprudencia.

Además de que para el caso del análisis de la inconstitucionalidad de leyes federales y tratados internacionales y de las demás normas mencionadas, en amparo directo, aplicadas en el procedimiento o en la sentencia definitiva reclamada, también a propósito de esa potestad de interpretación constitucional, forman jurisprudencia.

Este es el verdadero sentir que se identifica en su origen, con la intención del poder reformador y del legislador secundario al crear un mecanismo de interpretación de las normas legales que viniese a propiciar cer-

teza jurídica para los gobernados cuando estuviesen colocados en las hipótesis de aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales.

Las consideraciones anteriores, desde luego se reitera se plantean sin cuestionar la función de la Suprema Corte de Justicia de máximo intérprete constitucional, pero también sin desconocer, que para darle funcionalidad al alto tribunal pero sobre todo, eficacia a la justicia de amparo, con la remisión y delegación de competencia a los tribunales colegiados de circuito, se les ha dado la potestad de control de constitucionalidad de normas, que va de la mano con su facultad de creación de la jurisprudencia al unísono de la propia facultad citada en amparo directo.

Ante tal panorama considerativo, amerita que para evitar interpretaciones antagónicas, que riñan con los principios racionales y jurídicos de validez antes invocados, se dé una reforma legal a la Constitución y a la Ley de Amparo.

VI. EL PROYECTO DE LEY DE AMPARO DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN Y LA FACULTAD DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO
DE DECLARACIÓN GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD
O DE INTERPRETACIÓN CONFORME

Como resultado de la consulta nacional del Poder Judicial de la Federación, propiciada por el interés y la continua necesidad de analizar y estudiar las cuestiones más importantes para la eficacia y funcionalidad del juicio de amparo en nuestra nueva realidad social, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nombró una comisión mixta que elaboró un proyecto de Ley de Amparo. Este proyecto fue analizado y estudiado por la magistratura constitucional que en Pleno lo aprobó. Luego el documento fue presentado a las cámaras legislativas del Congreso de la Unión, siendo aceptado por la anterior Cámara de Senadores, quien la presentó como iniciativa de ley al Congreso saliente.

Dentro del contenido de este proyecto, destaca el tema del capítulo IV, denominado “Declaración general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme”, en virtud de que se establece la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, según lo revelan los artículos 232, 233, 234 y 235 del proyecto de Ley de Amparo, que para mejor ilustración se transcriben a continuación.

Artículo 232. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se establezca la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se procederá a hacer la declaratoria general correspondiente.

Artículo 233. Dentro del plazo de treinta días hábiles contados a partir de la aprobación de la jurisprudencia referida en el artículo anterior, la Suprema Corte de Justicia formulará la declaratoria general de inconstitucionalidad o bien de interpretación conforme. Previo a la declaración, podrá convocar a quien estime conveniente para oír sus puntos de vista sobre los alcances de aquélla.

Artículo 234. La declaratoria no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia y establecerá:

- I. La fecha de su entrada en vigor;
- II. Su obligatoriedad general; y
- III. Los alcances y las condiciones de la interpretación conforme o de la declaración de inconstitucionalidad.

Los efectos de estas declaraciones no serán retroactivos, salvo en materia penal en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 235. Las declaraciones generales de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma general respectiva.

Como se ve, este importante principio, que tiene que ver con los efectos generales de las declaratorias de inconstitucionalidad, estará a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y operará cuando la institución jurisdiccional llegue a establecer jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general que contravenga la carta magna.

El plazo para la declaratoria de inconstitucionalidad o bien, de interpretación conforme, será de treinta días a partir de la aprobación de la jurisprudencia, no sin antes convocar a las partes que considere conveniente, para tomar su parecer sobre los alcances de la jurisprudencia.

La proposición de declaratoria no puede modificar el sentido de la jurisprudencia. Y para los efectos de su vigencia y obligatoriedad general, en cuanto a los alcances y condiciones de la interpretación constitucional, se establecerá la fecha a partir de cuando surte efectos y en qué condiciones.

Se proscriben los efectos retroactivos de las declaraciones de inconstitucionalidad, salvedad hecha de los casos de la materia penal, en evidente respeto del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, se prescribe que estas declaraciones de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, se publicitarán para los efectos legales de su conocimiento, en el *Semanario Judicial de la Federación*, en el *Diario Oficial de la Federación* y, en su caso, en el órgano de difusión en el que se hubiere publicado la norma general respectiva.

Es evidente que el criterio innovador del proyecto de Ley de Amparo, tiene importancia y trascendencia para los efectos de la sentencia que concede la protección constitucional a los gobernados. Lo anterior, en la medida que tiende a hacer realidad un clamor generalizado, en la doctrina, en la academia, en el litigio de amparo y en la judicatura, a saber, eliminar el principio de relatividad de las sentencias, pero sobre todo, propiciar la invalidez dentro del sistema jurídico, de aquellas normas que por jurisprudencia, sean declaradas inconstitucionales.

Sin embargo, el contenido de estos artículos que se refieren al procedimiento a que se hizo mención, desconocen no sólo la potestad contenida en el artículo 226 del proyecto de la Ley de Amparo, que previene que los tribunales colegiados de circuito podrán establecer jurisprudencia por reiteración, sino también la competencia de control de constitucionalidad, tratándose de amparos contra normas generales locales y el análisis de inconstitucionalidad en amparo directo.

Se sustenta lo anterior, en razones de derecho y en la forma de distribución de la impartición de justicia federal. Ciertamente, con motivo de los acuerdos del máximo tribunal, como se precisó, los tribunales colegiados de circuito son verdaderos órganos de control de constitucionalidad y por ende, generadores de criterios jurisprudenciales. Así que desde el punto de vista de la presente propuesta, el derecho contenido en el propio proyecto y la nueva pragmática judicial en este tema, deben propiciar la modificación del artículo 232, para hacer las prevenciones legales atinentes en los términos que más adelante se expondrá.

No pasa desapercibido el imperativo hipotético a que se refiere el artículo 225, en el que se reitera el papel de último intérprete de la Suprema Corte, para que en temas de control de constitucionalidad, retome su competencia originaria a efecto de interrumpir o sustituir la jurisprudencia, que en este caso, llegue a ser establecida por los tribunales colegiados de circuito.

No obstante, si la moción estará a cargo de los tribunales colegiados quienes oficiosamente o a petición de parte, elevarán la instancia al máximo tribunal, no se debe desentender que en la práctica judicial, lo más provechoso para el gobernado en tal hipótesis, es que la jurisprudencia continúe vigente, y aunque los tribunales podrán hacerlo de oficio o también a instancia de la autoridad responsable, esto puede ser en el menor de los casos. Lo anterior se funda en la idea fundamental de que la justicia constitucional sea pronta, completa y expedita, hacia el interior de cada una de las entidades federativas.

Es así que de acontecer la firmeza de las jurisprudencias de inconstitucionalidad en relación con leyes locales y de prevalecer la idea de que los análisis de confrontación constitucional entre normas y la carta suprema, aplicados en la sentencia o procedimiento, formen jurisprudencia, se hace necesario prevenir la modificación del proyecto para que a través del mismo mecanismo se incluya la ratificación de la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito a través de las declaratorias generales de inconstitucionalidad de leyes locales o de interpretación conforme, desde luego, también a cargo de la Suprema Corte.

VII. PROPUESTA PARA EL MEJORAMIENTO DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

De las consideraciones antes expresadas, se llega a la convicción de que persiste el objetivo para el mejoramiento del sistema de impartición de justicia constitucional, consistente en el reconocimiento en cada una de las entidades federativas, de la potestad de control de constitucionalidad de los tribunales colegiados de circuito, tanto en el amparo en revisión como en el amparo directo, y por ende, la facultad para el establecimiento de jurisprudencia que venga a llenar las lagunas de las leyes locales y adicionalmente a establecer que aquéllas que sean inconstitucionales, se ordene su desaplicación. Pero además, se les reconozca a los tribunales colegiados que el análisis de inconstitucionalidad de normas generales aplicadas en el procedimiento o en las sentencias mismas, impugnadas en el amparo directo, y las consideraciones jurídicas contenidas en las cinco decisiones reiteradas, son aptas para establecer jurisprudencia.

Así, la primera propuesta de modificación legislativa a la Ley de Amparo vigente es la siguiente:

El artículo 107 fracción XIII de la Constitución dice:

Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: ...

XIII. Cuando los tribunales colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el procurador general de la república o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cual tesis debe prevalecer.

La resolución que pronuncien las salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;

Con la modificación se propone que diga:

XIII... Las resoluciones que pronuncien los tribunales colegiados de circuito en materia de análisis de constitucionalidad de normas generales, de acuerdo con el procedimiento y normas que señala la ley reglamentaria, forman jurisprudencia, obligatoria para todos los tribunales y juzgadores de cualquier fuero y materia.

El artículo 193 de la Ley de Amparo dice:

La jurisprudencia que establezca cada uno de los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones de los tribunales colegiados de circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.

Con la modificación se propone que diga:

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito en materia de estudio de constitucionalidad de normas estatales, reglamentos federales y municipales u ordenamientos generales, en amparo indirecto, así como en las ejecutorias de inconstitucionalidad en amparo directo, es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones que contengan consideraciones jurídicas de inconstitucionalidad de leyes de los tribunales colegiados de circuito en amparo en revisión y directo, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado. Las dictadas en la vía de amparo directo siempre y cuando no hayan sido recurridas y con la salvedad de que cuando constituyan criterios contradictorios con otros tribunales colegiados y sea denunciado, subsistirá el mecanismo de jurisprudencia por unificación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuanto a la modificación del artículo 232 de la Ley de Amparo, es de señalar que esta propuesta además se funda en lo siguiente:

Como ya se ha señalado, la importancia de la Constitución y sus instrumentos principales de control, es uno de los temas más evolucionado e innovado por la academia y por los diversos poderes del Estado, generándose de esta forma diversos foros como los estudios que en honor al maestro Héctor Fix-Zamudio se publicarán. Propuestas que por cierto tienden a la adecuación del sistema jurídico a las exigencias actuales. Lo anterior, se entiende mejor atendiendo el fenómeno neoconstitucionalista que se está gestando no sólo en nuestro país sino a nivel internacional, y que fortalece la primacía constitucional convirtiendo a la Constitución en el eje prioritario de los sistemas de derecho.

En vista de lo anterior, ante la necesidad de un examen del sistema constitucional con el que cuenta nuestro país actualmente, surge la siguiente propuesta que tiene como marco de referencia, el proyecto de Ley de Amparo, puesto que del análisis a la misma aparece necesario poner a consideración la actualización del texto del artículo 232 del proyecto de Ley de Amparo, concerniente a las declaratorias generales de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, para contemplar la jurispruden-

cia emitida por los tribunales colegiados de circuito en relación con el control de constitucionalidad local que le fue delegado por la Suprema Corte, y en los criterios de inconstitucionalidad en amparo directo, por las razones que a continuación se expresan.

Primeramente, es necesario observar lo que actualmente propone el citado artículo 232, el cual a la letra dice:

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se establezca la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se procederá a hacer la declaratoria general correspondiente.

Del texto anterior se desprende que la declaratoria general que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación solamente se emitirá respecto de un determinado tipo de jurisprudencia, consistente en la que emita este tribunal supremo por reiteración, respecto de una norma general, acotándose entonces, la posibilidad de ser utilizada en otros casos.

Por tal motivo, es procedente analizar si tal limitación a la declaración de inconstitucionalidad o interpretación conforme, es adecuada o si por el contrario, debe ser ajustada para contemplar otros supuestos.

Ahora bien, en el entendido que dicha declaratoria tiene como objeto establecer la inconstitucionalidad o por el contrario la constitucionalidad de una norma general, es necesario tener presente de nueva cuenta que la Suprema Corte de Justicia por virtud de los infradichos acuerdos generales números 5/2001 y 11 y 14/2005, del tribunal pleno, como se estableció, le delegó competencia a los tribunales colegiados de circuito para conocer de las demandas en que se hubiere impugnado una ley local o un reglamento federal o local, debiendo resolver dichas cuestiones, otorgándosele de esta forma, el control de constitucionalidad local.

Por lo tanto, al delegarse tal facultad a los tribunales colegiados de circuito en materia de control de constitucionalidad local, aunada a la propuesta de conceder expresamente legitimación en su función de intérprete constitucional en el amparo directo, se cae en cuenta que éstos a su vez pueden crear jurisprudencia de acuerdo con lo que establece el artículo 193 de la actual Ley de Amparo, materializándose entonces el supuesto de estar ante una jurisprudencia respecto de normas generales (leyes local o reglamentos federales o locales), o de estudio de inconstitucionalidad.

dad de normas en amparo directo, pero con la salvedad de ser emitida por los tribunales colegiados de circuito.

Ante tal situación, el texto propuesto en el proyecto de Ley de Amparo es insuficiente, al no abarcar tal posibilidad, ya que como anteriormente se mencionó, solamente contempla la jurisprudencia emitida por el tribunal supremo de nuestro país. Sin embargo, tal situación merece considerarse, ya que no es dable propiciar una incertidumbre jurídica, respecto del control de constitucionalidad de los tribunales colegiados de circuito.

Resulta también necesario, entender que la presente propuesta no pugna con el actual sistema en el que se reafirma a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, sino que justamente se adhiere, y coincide con tales principios básicos, únicamente se pugna por hacer extensivo el proyecto para contemplar la jurisprudencia que los tribunales colegiados emitieran en materia de control de constitucionalidad.

En vista de todo lo anterior, se propone la modificación del artículo 232 del proyecto de Ley de Amparo, quedando como sigue:

Quando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o en su caso los tribunales colegiados de circuito, establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad o se establezca la interpretación conforme de una norma general respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se procederá a hacer la declaratoria general correspondiente.

En el segundo párrafo del propio artículo que se propone agregar diría: “Los tribunales colegiados de circuito una vez declarada inconstitucional una norma por jurisprudencia firme deberán remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia para que ésta proceda en su caso a hacer la declaración de inconstitucionalidad o interpretación conforme”.

VIII. CONCLUSIÓN

Con el propósito primordial de llenar la laguna legislativa y de evitar criterios disímboles del foro y dentro de los órganos de la judicatura federal que pugnan con la naturaleza de la potestad de interpretación constitucional de los tribunales colegiados de circuito y con el sistema de

creación de jurisprudencia encomendada a los propios órganos colegiados. Asimismo, con la finalidad que conlleva el amparo contra leyes y el análisis de inconstitucionalidad de normas aplicadas en procedimientos o sentencias impugnadas en amparo directo, se propone que se modifiquen los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución y el 193 de la Ley de Amparo, para establecer que el estudio de la inconstitucionalidad de normas generales locales y reglamentos federales y locales, en amparo indirecto o el análisis de la inconstitucionalidad en la vía directa, sustentado en cinco sentencias sin ninguna interrumpida, formarán jurisprudencia, que obligará a los tribunales y juzgados de cualquier nivel y materia.

Además, conforme a la propuesta del artículo 232 del proyecto de la Ley de Amparo, se propone que cuando, además de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tribunales colegiados de circuito establezcan jurisprudencia por reiteración, deberán remitir el texto de la norma judicial a la magistratura más elevada, para que se proceda a calificar el criterio y en su caso a hacer la declaración de inconstitucionalidad o interpretación conforme.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1981.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2003.
- , *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.
- , *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 56a. ed., México, Porrúa, 2004.
- , *La jurisprudencia. Su integración*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.
- , *La defensa de la Constitución*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD: RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Marisol PEÑA TORRES*

SUMARIO: I. *Alcances de la reforma constitucional de 2005*. II. *Reformas introducidas al Tribunal Constitucional*. III. *Dilemas que enfrentó el Tribunal Constitucional*. IV. *Admisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad*. V. *Conclusión*.

I. ALCANCES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

De las diecisiete reformas que ha experimentado la Constitución chilena de 1980, aquella que se materializó mediante la Ley núm. 20.050, de agosto de 2005, resulta particularmente relevante. Ello obedece a varias razones, entre las que se encuentran su largo periodo de gestación (las mociones parlamentarias que le dieron origen datan del año 2000)¹ y los objetivos que la animaron, entre los cuales estaba la necesidad de perfeccionar el régimen democrático. En palabras del ex presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, “Chile merecía y merece una Constitución democrática de acuerdo a los actuales estándares internacionales de la democracia en el mundo. Eso es lo que el Congreso Pleno ha aprobado y que procedimos a firmar: una Constitución para un Chile nuevo, libre y próspero”.²

No puede desconocerse, por su parte, que sin perjuicio de la reforma constitucional de agosto de 1989, la que se concretó en agosto de 2005, constituye el conjunto de modificaciones más integral introducido a la

* Magistrada del Tribunal Constitucional de Chile.

¹ Boletines 2526-07 y 2534-07.

² Lagos Escobar, Ricardo, “Una Constitución para el Chile del bicentenario”, en Zúñiga Urbina, Francisco, *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 13.

carta fundamental chilena con 58 cambios a su texto. Las dos mociones que dieron origen a esta reforma propusieron cambios a la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional, dando lugar a una de las modificaciones de mayor trascendencia para el fortalecimiento del régimen democrático chileno.

Es preciso recordar que el régimen democrático se construye y consolida sobre la base de la reafirmación del Estado constitucional de derecho. Así se desprende de diversas normas contenidas en la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 11 de septiembre de 2001, entre ellas:

- Que la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional (artículo 2o.).
- Que son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho (artículo 3o.).
- Que la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia (artículo 4o.).

En este contexto, debe tenerse presente que, como sostiene el presidente del Tribunal Constitucional del Perú:

En todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder del gobierno no se puede legitimar por sí mismo, sino desde la existencia y la operatividad, a nivel real de la oposición. Para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones tales como la justicia constitucional, encargada de controlar el poder, hacer respetar los derechos fundamentales y cautelar los derechos de las minorías.³

La expresión, a través de los diversos sistemas de jurisdicción constitucional, de un adecuado sistema de frenos y contrapesos a la actuación

³ Landa Arroyo, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2006, p. 6.

de los órganos del Estado se constituye así en un elemento vertebral del estado de derecho y, por cierto, de la democracia. Así lo ha entendido, por lo demás, el propio Tribunal Constitucional chileno después de la reforma constitucional de 2005, al sostener que:

El control *a posteriori* de la constitucionalidad de la ley, que puede derivar... en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos al actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución.⁴

Las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional por la reforma de agosto de 2005 deben entenderse, precisamente, en el marco de las ideas expuestas.

II. REFORMAS INTRODUCIDAS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si bien Chile fue —como el resto de los países latinoamericanos— heredero de la tradición rousseauniana de la soberanía infalible del legislador, diversas modificaciones introducidas a la carta fundamental, a partir de 1925, fueron posibilitando el control de constitucionalidad de la ley por un órgano ajeno al propio Poder Legislativo, así como el control de constitucionalidad de normas de la potestad reglamentaria del presidente de la República.

Fue así como en la Constitución de 1925 se introduce, por primera vez, la acción de inaplicabilidad, como expresión de un control concreto y posterior de constitucionalidad de la ley, radicada en la Corte Suprema de Justicia. Por su parte, por reforma constitucional de 1943, se crea la Contraloría General de la República encargada de efectuar el control de legalidad de los actos de la administración, el que, sin duda, involucraba el ajuste final de los mismos a la carta fundamental. En fin, por reforma constitucional de 1970, se instituye el Tribunal Constitucional encargado, básicamente, del control preventivo de la constitucionalidad de la ley y de los tratados internacionales como del control represivo de los decretos con fuerza de ley y de normas propias de la potestad reglamentaria.

⁴ Sentencia rol núm. 681, del 26 de marzo de 2007.

La Constitución de 1980, entretanto, mantiene la dualidad de órganos encargados del control de la constitucionalidad de la ley: la Corte Suprema a cargo del control posterior y el Tribunal Constitucional como responsable del control preventivo.

Pese a estos indiscutibles avances en orden a limitar la tesis de la soberanía infalible del legislador, el sistema de control de constitucionalidad vigente, al 2000, presentaba algunos problemas que, con ocasión de la reforma se trató de superar y que fueron expuestos en el respectivo debate parlamentario:

- Durante la práctica de la acción de inaplicabilidad radicada en la Corte Suprema, ésta se negó sistemáticamente a resolver vicios de inconstitucionalidad de forma de la ley fundándose en que ese órgano no podía entrometerse en las labores propias de otro poder del Estado.⁵
- La Corte Suprema eludió, asimismo, controlar la constitucionalidad de las denominadas “leyes preconstitucionales” sosteniendo que si la norma impugnada era anterior a la Constitución, se estaba frente a un problema de derogación de la ley, propio de los jueces de fondo, mas no de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.⁶
- La existencia de un doble sistema de control de constitucionalidad de la ley tendía a producir jurisprudencia contradictoria, lo que hacía necesario concentrar la defensa del principio de supremacía constitucional en un solo organismo.⁷
- La falta de un mecanismo para controlar la constitucionalidad de los autos acordados que dictan la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.⁸

Fue así como sobre la base del diagnóstico realizado en el curso del debate parlamentario sobre la reforma a la carta fundamental se introdujeron las siguientes modificaciones al Tribunal Constitucional:

⁵ Intervención del ministro del Tribunal Constitucional, don Eugenio Valenzuela Somarriva, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 384.

⁶ *Idem*.

⁷ *Ibidem*, p. 375.

⁸ *Ibidem*, p. 376.

- Se amplió el número sus integrantes de 7 a 10 a fin de abordar debidamente sus nuevas competencias.
- Se confió a la ley orgánica constitucional del mismo Tribunal la regulación de su organización, funcionamiento, planta y estatuto de su personal además de su régimen de remuneraciones. Asimismo, se le entregó la regulación de los procedimientos a seguir ante el mismo.
- Se traspasó al Tribunal el conocimiento y fallo de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley para cuyo efecto se requiere el voto de la mayoría de sus miembros en ejercicio.
- Se confió al Tribunal la posibilidad de declarar inconstitucional, con efectos generales, un precepto legal que previamente haya sido declarado inaplicable por una mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio. El efecto propio de esta declaración de inconstitucionalidad es que el precepto legal queda definitivamente expulsado del ordenamiento jurídico desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia respectiva.
- Se facultó al Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de autos acordados dictados por la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.
- Se amplió el control preventivo obligatorio de constitucionalidad a las normas de un tratado que versen sobre materias de ley orgánica constitucional.
- Se unificó, en una sola disposición constitucional, la competencia del tribunal para examinar la constitucionalidad de los decretos supremos que dicta el presidente de la República, ya sea en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma o de la de ejecución.

La disposición decimosexta transitoria de la Constitución dispuso que las modificaciones al Tribunal Constitucional entrarían en vigor seis meses después de la publicación de la Ley núm. 20.050 en el *Diario Oficial*, salvo en lo referido a su nueva integración. Por lo tanto, el Tribunal pasó a ejercer sus nuevas competencias a partir del 27 de febrero de 2006.

De todas las atribuciones que actualmente están confiadas al Tribunal Constitucional chileno es incontestable que la más frecuente es aquella que se refiere a la resolución de conflictos jurídicos relacionados con la

acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.⁹ De allí que nos ha parecido importante sintetizar los principales criterios que se desprenden de la jurisprudencia reciente en esta materia, sobre todo porque el traspaso que la reforma constitucional de agosto de 2005 produjo desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional en lo que respecta al conocimiento y resolución de esta acción, se realizó sobre la base de ciertos cambios que le imprimen un perfil característico y diferenciado de aquélla que estaba confiada al máximo tribunal ordinario de justicia. Desde luego es posible apreciar una diferencia de redacción entre una y otra. En el caso de la acción de inaplicabilidad confiada a la Corte Suprema, el texto original de la Constitución de 1980 señalaba:

Artículo 80. La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

Desde la reforma constitucional mencionada, la norma respectiva es del siguiente tenor:

Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6. 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.

En el caso del número 6, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

⁹ Según las estadísticas proporcionadas por la Secretaría del Tribunal, en el periodo 2006-octubre de 2007 ingresó un total de 518 requerimientos, de los cuales cerca del 90% corresponde a acciones de inaplicabilidad.

Como se detallará más adelante, el signo distintivo de la actual acción de inaplicabilidad radicada en el Tribunal Constitucional consiste en sostener que “la aplicación” de un precepto legal, en la gestión judicial de que se trata, producirá un resultado inconstitucional.

III. DILEMAS QUE ENFRENTÓ EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Uno de los primeros problemas que debió afrontar el nuevo Tribunal después de la reforma de 2005 fue el de la falta de ley orgánica constitucional que regulara los procedimientos con arreglo a los cuales debían ejercerse sus competencias. Habría resultado muy grave que nuestra magistratura declinara conocer las primeras acciones de inaplicabilidad deducidas invocando como pretexto que, desde la aludida reforma, era el legislador orgánico constitucional el encargado de regular el procedimiento de tramitación de esa acción. Ello habría implicado, simplemente, dejar las nuevas disposiciones constitucionales en suspenso privando a los chilenos de la posibilidad de impetrar el control posterior de la constitucionalidad de la ley. Todo lo anterior, debido a que el proyecto modificatorio de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional inició su tramitación a fines del año 2005¹⁰ y, hasta la fecha, aún no ha sido aprobado permaneciendo en el Congreso Nacional, en segundo trámite constitucional.

Es por esta razón que en una sentencia interlocutoria destinada a resolver un incidente promovido durante la tramitación de uno de los primeros requerimientos de inaplicabilidad referidos al artículo 116 del Código Tributario, el tribunal afirmó su plena competencia para conocer de este tipo de acciones, pese a no haberse dictado la ley orgánica respectiva, en base a las siguientes razones: *a)* al principio de vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, unido al principio de supremacía constitucional; *b)* al principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 3o., inciso 2, de su Ley Orgánica vigente,¹¹ y *c)* a la igualdad ante la justicia, que persigue que ninguna persona quede carente de protección por no contar con los medios apropiados para dar efectiva garantía a los derechos que le franquea la

¹⁰ Mensaje núm. 432-353, del 7 de diciembre de 2005 (Boletín núm. 4059-07).

¹¹ Esta norma precisa que: “Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión”.

carta fundamental, pues su labor de “guardián de la Constitución” no se cumpliría “si permitiera que un derecho fundamental, eventualmente lesionado por la aplicación de un precepto legal que contraría a la Constitución en un caso concreto, quedara desprovisto de adecuada defensa...”.¹² De esta manera, el tribunal resolvió aplicar a la tramitación de las acciones de inaplicabilidad el procedimiento previsto en el capítulo II, título II, de la Ley Orgánica actualmente vigente, que se refiere a los conflictos de constitucionalidad respecto de un proyecto de ley, de reforma constitucional o de un tratado internacional sometido a la aprobación del Congreso.

Otra de las interrogantes que el tribunal constitucional tuvo que despejar rápidamente fue si la declaración de inaplicabilidad llevaba necesariamente aparejada la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal respectivo. Esta materia ya fue resuelta por el tribunal al conocer dos acciones de inconstitucionalidad contra el artículo 416, inciso 3, del Código Procesal Penal (que se refiere al desafuero en el caso de delitos de acción privada)¹³ y que había sido declarado inaplicable en tres ocasiones anteriores. En esa oportunidad afirmó:

Que el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales.

En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden.

De lo expuesto se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios —de inaplicabilidad e inconstitucionalidad—, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos (considerando 5o.).

¹² Rol núm. 472, resolución del 31 de mayo de 2006.

¹³ Sentencia roles núms. 558 y 590 (acumulados), del 5 de junio de 2007.

Naturaleza y características actuales de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad derivadas de la jurisprudencia reciente

1. En primer término, se ha mantenido su carácter de *acción constitucional*, pues se encuentra instituida directamente por la carta fundamental. Por una parte, el artículo 96, inciso 1, numeral 6 regula las condiciones de procesabilidad de dicha acción, esto es, las que dicen relación con la órbita propia de este instituto, mientras que el inciso undécimo de esa misma norma se refiere a los sujetos legitimados para interponerla, a la competencia asignada a las salas del Tribunal Constitucional para pronunciarse, sin ulterior recurso, sobre su admisibilidad indicando los requisitos pertinentes y a la facultad que tiene la misma sala para resolver la suspensión del procedimiento¹⁴ en que se ha originado la acción.

2. En segundo lugar, la acción de inaplicabilidad representa hoy una modalidad de *control concreto* de la constitucionalidad de la ley. Resulta relevante destacar este punto, pues existe jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando ejercía la competencia respectiva, que tendía a avalar la conclusión contraria. Es decir, que el mencionado recurso importaba una forma de control abstracto de constitucionalidad en el cual resultaba irrelevante la consideración del asunto concreto en que la norma podía tener aplicación. Así, por ejemplo, en sentencia del 28 de agosto de 1998 se sostuvo que:

Del tenor literal del artículo 80 de la carta fundamental resulta que la declaración de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es contrario a la Constitución, es decir, que la norma cuya inaplicabilidad se pretende en un caso particular, considerada en abstracto, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenidas en ellas.

La inaplicabilidad que la Constitución establece como medio para imponer su supremacía significa reconocer la incompatibilidad de un precepto legal específico en sí mismo, con una o más disposiciones de aquélla,

¹⁴ En relación con la suspensión del procedimiento, las resoluciones de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional incluyen un considerando, según el cual “la suspensión del procedimiento en una acción de esta naturaleza tiene un carácter cautelar, es decir, busca asegurar el resultado de una eventual declaratoria de inaplicabilidad, que sin suspender el procedimiento, resultaría ineficaz, pues sus efectos eventualmente no podrían concretarse”.

siendo ajena a este arbitrio procesal la forma determinada en que dicho precepto pretende aplicarse en un caso concreto.¹⁵

Como se ha recordado, el artículo 93, inciso 1, numeral 6 de la Constitución contiene, en la actualidad, una redacción significativamente diferente a aquélla que contemplaba el artículo 80 primitivo de la carta. En efecto se trata de “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio (del Tribunal Constitucional) 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”. Si se trata, en consecuencia, de examinar “la aplicación” que el precepto legal impugnado ha de tener en cualquier gestión judicial, es natural concluir que el Tribunal Constitucional, al ejercer la competencia respectiva, está obligado a examinar el asunto concreto en que consiste dicha gestión, así como las circunstancias que lo rodean. Así, y pese a la carencia de historia fidedigna de la reforma constitucional de 2005, en este punto nuestra magistratura constitucional ha entendido que:

....de la simple comparación entre del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la carta fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior.

Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes del 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sub lite*, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.¹⁶

¹⁵ Citado por Saenger Gianoni, Fernando y Bruna Contreras, Guillermo, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 112.

¹⁶ Sentencia rol núm. 473, del 8 de mayo de 2007, considerando 9. En el mismo sentido, véanse las sentencias roles núms. 478, del 8 de agosto de 2006; 523, del 19 de junio de 2007 y 546, del 17 de noviembre del mismo año.

En el mismo sentido se ha pronunciado, desde el punto de vista doctrinal, el profesor y ministro del Tribunal Constitucional José Luis Cea Egaña, cuando ha afirmado que: “hacemos hincapié, por consiguiente, en la necesidad de examinar los hechos del asunto litigioso y apreciarlos desde el ángulo de su mérito constitucional, observación que deja de relieve que la inaplicabilidad dista de ser una acción abstracta”.¹⁷

En un sentido similar —aunque poniendo el acento en el tema de la interpretación— se ha pronunciado Gastón Gómez, señalando que:

...la inaplicabilidad... funciona como control de interpretaciones o significados de los enunciados (normas) aplicables a casos. Si bien lo que se declara inaplicable por inconstitucional —ineficaz circunstanciadamente— a un caso concreto es formalmente el enunciado legal, en realidad, es la o las interpretaciones o significados de ese enunciado que el juez o la parte consideren inconstitucionales en la específica aplicación de dicha norma al caso.

Precisando su opinión sobre los alcances de la reforma constitucional de agosto de 2005, ha agregado que: “Lo más acuciante tiene que ver con la necesaria inaplicación de los jueces constitucionales en casos concretos que inevitablemente supone tanto la acción como la cuestión de inaplicabilidad”.¹⁸

Así, puede apreciarse que, progresivamente, el Tribunal Constitucional ha ido perfeccionando el enfoque de que la acción de inaplicabilidad obedece a un tipo de control concreto de constitucionalidad de la ley. No obstante, si se examinan los primeros fallos recaídos en el artículo 116 del Código Tributario, podrá constatarse que ellos razonan mucho más en el sentido de una inconstitucionalidad en abstracto que sobre la base del sentido concreto con que el Constituyente de 2005 dotó a este tipo de requerimientos. Así lo ha observado, por ejemplo, el profesor José Manuel Díaz de Valdés, comentando las diversas sentencias de inaplicabilidad referidas a la mencionada norma legal.¹⁹

¹⁷ Cea Egaña, José Luis, “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”, *Escritos de justicia constitucional*, cuadernos del Tribunal Constitucional, núm. 35, 2007, p. 111.

¹⁸ Gómez Bernal, Gastón, “La reforma constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, p. 669.

¹⁹ Díaz de Valdés, José Manuel, “Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal”, *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, núm. 16, julio de 2007.

Con todo, y como un perfeccionamiento evidente del instituto de la inaplicabilidad, ya se han dictado sentencias que rechazan la acción deducida por estimarse que la aplicación del precepto legal impugnado a la gestión judicial concreta que se plantea, no producirá, en ningún caso, un resultado inconstitucional. Así se resolvió en la sentencia del 30 de mayo de 2007, rol núm. 654, en que no se dio lugar a la declaración de inaplicabilidad del artículo 24, núm. 4, de la Ley de Quiebras, que se había solicitado. Después de analizar los antecedentes de hecho vinculados al requerimiento, el Tribunal Constitucional concluyó, en el considerando 16, que:

Como ha podido advertirse, el desarrollo de los acontecimientos relacionados con la quiebra de... ha llevado al término de la inhabilidad que afectaba a don... al tenor del artículo 24, núm. 4, de la Ley de Quiebras, impidiendo una aplicación eventualmente inconstitucional del mismo en el recurso de apelación de que conoce la Il. Corte de Apelaciones de Santiago... Lo anterior lleva a esta magistratura a desestimar el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

Por su parte, en sentencia del 30 de marzo de 2007, rol núm. 549, acumulado a los roles núms. 537 y 538, se precisó:

Que, en principio, un precepto legal que se ajusta a la Constitución puede, no obstante, en su aplicación a una situación determinada, resultar contrario a los fines previstos por ella. Es posible que la norma jurídica, estimada en su generalidad, no se contradiga con la carta fundamental, pero que una circunstancia diversa y peculiar del caso provoque, al aplicársele el precepto legal, un resultado inconstitucional (considerando 17).

3. La acción de inaplicabilidad *no constituye una acción de amparo de los derechos fundamentales*, pues es claro que el Constituyente de 2005 no quiso seguir, en esta materia, la regla ampliamente manifestada en el derecho comparado que asigna gran importancia a las acciones de amparo, a las acciones de tutela o a los mandamientos de seguridad, según la denominación que tienen en los distintos países.²⁰ Así, la reforma constitucional de 2005 mantuvo la plena vigencia de los recursos de protección

²⁰ Véase, en este sentido, la obra de Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006.

y de amparo, regulados en los artículos 20 y 21 de la Constitución, como garantías de los derechos fundamentales.²¹

Cabe preguntarse, entonces, cuál es la finalidad que persigue la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la actualidad. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha recordado “la estrecha relación entre esta acción constitucional y el principio de supremacía constitucional” remitiéndose, al efecto, el debate sostenido al interior de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución en cuyas actas se lee: “Si se recoge el artículo 86 de la Constitución, se verá que, en realidad, está mal ubicado en el capítulo relativo al Poder Judicial un recurso que debiera estar más bien ubicado en el tema de la formación de las leyes y en el modo de velar por la supremacía constitucional”.²²

Aún cuando se haya estimado que velar por la plena vigencia del principio de supremacía constitucional constituye, en esencia, la finalidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debe convenirse en que, igualmente, esta acción coadyuva al respeto y promoción de los derechos fundamentales, tal y como suele plantearse en los diversos requerimientos que se entablan ante el Tribunal Constitucional.²³ Por lo demás, éste mismo tuvo presente esta idea al fallar el incidente promovido en la causa Rol núm. 472, referido al artículo 116 del Código Tributario, a que se ha hecho alusión. A su turno, si se considera que, al tenor del artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, naturalmente el propio Tribunal Constitucional está afecto a este imperativo. De allí que, a estas alturas, existe una interesante jurisprudencia —derivada de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad— que tiende a delimitar y precisar el sentido y

²¹ Consúltase el texto de Nogueira Alcalá, Humberto, *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*, Universidad de Talca, MIXM.

²² Citado en sentencia rol núm. 472, del 30 de agosto de 2006, considerando 11.

²³ Por ejemplo, en el requerimiento deducido en la causa rol núm. 966-07, que, en definitiva fue declarado inadmisibile, el actor sostenía: “Sostenemos que este Excmo. Tribunal Constitucional tiene el deber y la oportunidad de reivindicar la validez y vigencia de la carta fundamental, en su rol protector de los derechos esenciales de la persona humana, frente a los actos de la administración del Estado”.

alcance de derechos como el debido proceso legal, la legalidad del tribunal y la consiguiente prohibición de comisiones especiales, el derecho de acceso a la información pública y otros.

4. La acción de inaplicabilidad debe estar dirigida a *impugnar preceptos legales concretos y determinados* que en su aplicación produzcan efectos contrarios a la carta fundamental. Así se indicó en sentencia rol núm. 654, del 30 de mayo de 2007, al señalar que: “la presente acción de inaplicabilidad se encuentra dirigida... contra diversos textos legales en su conjunto y de manera completa y genérica, lo cual ciertamente no es consistente con la filosofía de la acción de inaplicabilidad...” (considerando 5o.). En dicha oportunidad se impugnó todo el DFL núm. 153, de 1981, del Ministerio de Educación, que contiene el Estatuto de la Universidad de Chile.

5. La acción de inaplicabilidad produce un *efecto negativo y otro positivo*.²⁴ El primero se configura al acogerse la declaración de inaplicabilidad solicitada en la gestión respectiva. En este caso, queda prohibido al tribunal que conoce de ella aplicar el precepto cuestionado.

El efecto positivo se manifiesta cuando se desecha por el tribunal constitucional la acción intentada. En este evento el juez de la causa recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto de que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito.

6. La acción de inaplicabilidad *no tiene por objeto sustituir la labor que compete al legislador*. Esta precisión fue efectuada por el tribunal constitucional a raíz del primero de los tres fallos en que acogió la inaplicabilidad del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal,²⁵ referente —como se recordó— a los desafueros por delitos de acción privada. En dicha oportunidad, se afirmó que:

...en estricta aplicación del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querella, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, y carece de elementos probatorios, debidamente producidos, que

²⁴ Al respecto, véanse sentencias rol núm. 588, del 26 de julio de 2007, considerando 11 y rol núm. 596, del 12 de julio de 2007, considerando 8.

²⁵ Sentencia rol núm. 478, del 8 de agosto de 2006.

le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento previo a la resolución, es precario e incompleto. (Considerando 20).

Pese a la constatación anotada, el Tribunal concluyó que:

...a esta magistratura le corresponde exclusivamente decidir sobre la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso determinado, por lo que en la especie, discurrir una solución que resuelva algún posible vacío legal resulta improcedente, sobre la base de la aplicación inmediata de la Constitución, reglas comunes a todo procedimiento y principios generales del derecho que puedan operar en virtud del principio de inexcusabilidad (considerando 24).

Puede estimarse que en este tipo de razonamientos se aplica un criterio de hermenéutica constitucional que nuestra magistratura había venido desarrollando previamente con ocasión del ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de preceptos legales y que se ha enunciado bajo la fórmula de la “deferencia razonada” hacia el legislador. Una expresión de este razonamiento se encuentra en la sentencia Rol núm. 591, del 11 de enero de 2007, que hace suyas expresiones del Consejo Constitucional francés, en el sentido que “dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos..”.

7. La acción de inaplicabilidad está dirigida tanto a examinar la *constitucionalidad de fondo* (conformidad sustantiva del precepto legal que se impugna con la carta fundamental) cuanto la *constitucionalidad de forma* (infracción por el precepto legal que se impugna de algunos de los trámites o formalidades prescritos para el proceso de formación de la ley). Lo anterior resulta natural si en otras sentencias se ha precisado que el objeto del pronunciamiento que el tribunal emite al resolver este tipo de acciones es velar por el respeto del principio de supremacía constitucional, lo que supone una labor integral que no puede verse limitada exclusivamente al examen de vicios de fondo presentes en el precepto cuestionado.

Congruente con lo señalado, en sentencia del 8 de mayo de 2007 (rol núm. 535), se afirmó:

...habiendo formulado la requirente cuestionamientos de forma y de fondo, se procederá, como ha sido la práctica invariable de este Tribunal, a analizar primeramente los presuntos vicios formales, por ser la fórmula que

más se aviene con la razón, pues, *de estar viciado en su formación, el precepto legal impugnado no será tal y deberá acogerse el requerimiento*, por lo que carecerá de toda utilidad analizar, además, las inconstitucionalidades de fondo de que pudo adolecer (considerando 14).

IV. ADMISIBILIDAD DE REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD

Un análisis de la jurisprudencia reciente sobre la acción de inaplicabilidad no resultaría completo si no considerara la ya nutrida jurisprudencia acumulada, en el mismo período, en materia de admisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad. Este examen ha sido confiado por la Constitución a las salas del Tribunal Constitucional que son dos y funcionan integradas por cinco ministros cada una. En oportunidades anteriores²⁶ hemos manifestado que si se estudian los pronunciamientos emitidos por ambas salas es posible deducir que, desde el punto de vista de su admisibilidad, pueden distinguirse tres tipos de requerimientos:

- 1) Aquellos que no han sido acogidos a tramitación por plantear cuestiones que están fuera de la órbita del instituto de la inaplicabilidad (falta de procesabilidad).
- 2) Aquellos que han sido declarados inadmisibles por no reunir uno o más de los requisitos señalados por el inciso 11 del artículo 93 de la Constitución Política.
- 3) Aquellos que no han sido acogidos a tramitación por no reunir los requisitos indicados en el artículo 39 de la Ley núm. 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

En cuanto al primer grupo de requerimientos, el Tribunal Constitucional ha declarado inadmisibles aquellos que plantean cuestiones que están fuera de la órbita o de la esfera propia del requerimiento de inaplicabilidad, atendiendo a lo preceptuado en el artículo 93 núm. 6 de la carta fundamental, porque:

- Se trata de *revisar lo actuado y decidido por un juez que integra el Poder Judicial*. En el rol núm. 493, el requerimiento pretendía impugnar la resolución que había conferido traslado de la deman-

²⁶ Peña Torres, Marisol, “Doctrina del tribunal constitucional en relación con la admisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, núm. 36, 2007, pp. 40-55.

da en un juicio ordinario sustanciado en la ciudad de Los Ángeles. La Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el requerimiento sosteniendo que

la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular en las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento²⁷ (considerando 6).

Sobre esta base, la Sala concluyó que “la acción de autos no cumple los presupuestos procesales para su admisión” (considerando 8).

- Se procura *ordenar a los tribunales ordinarios resolver en autos propios de su competencia*. En el rol núm. 587,²⁸ el requirente pedía que se ordenara al tribunal de casación que remita los autos a la I. Corte de Apelaciones de Arica, a objeto de que este Tribunal de Alzada formule la declaración de nulidad de derecho público de todo lo obrado en primera y segunda instancia, siendo innecesario que la Corte Suprema se pronuncie sobre el recurso de casación en el fondo y la casación en la forma de oficio... procediendo disponer la nulidad de todo lo obrado en estos autos...

La Primera Sala del Tribunal Constitucional estimó que dicha petición “*excede con creces el ámbito de la competencia que el artículo 93, inciso primero, número 6, de la carta fundamental, confiere al Tribunal Constitucional...*” (considerando 5).

- Se intenta un pronunciamiento *sobre una materia de mera legalidad que no suponga la confrontación entre un precepto legal y la carta fundamental*.

Así se han declarado inadmisibles requerimientos que han planteado una situación consistente en la sucesión de leyes en el tiempo. En el rol núm. 503,²⁹ la Primera Sala del Tribunal se enfrentó a una petición de esta naturaleza aprovechando la oportunidad pa-

²⁷ Resolución de la Segunda Sala, del 27 de abril de 2006.

²⁸ Resolución de la Primera Sala del 13 de octubre de 2006.

²⁹ Resolución de la Primera Sala, del 19 de julio de 2006.

ra sostener la necesidad de respetar el principio de la “*deferencia razonada hacia el juzgador*” y no sólo hacia el legislador conforme a su reiterada jurisprudencia.

Asimismo, la Primera Sala declaró inadmisibile un requerimiento en que se solicitaba que el tribunal dictara una sentencia estimatoria interpretativa para determinar cuál era el verdadero sentido y alcance de ciertas normas legales. La Sala fundó la inadmisibilidad en que no se encuentra dentro de la atribución que el artículo 93, inciso primero, núm. 6, de la Constitución, le confiere a esta Magistratura en ejercicio de la jurisdicción constitucional, aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales. Ello constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces del fondo, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el artículo 7o. de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado.³⁰

- Se solicita la inaplicabilidad de *un decreto supremo*, como ocurrió en el rol núm. 497, de 2006, que claramente no cumple el supuesto de referirse a un “precepto legal”.

En cuanto al segundo grupo de requerimientos, esto es, aquellos que no reúnen los requisitos del inciso 11 del artículo 93 de la carta fundamental, las inadmisibilidades se han fundado en:

1) *Que no existe una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial*. Sobre el particular, el tribunal ha precisado que este requisito importa una condición que contiene —como exigencia básica— la aptitud de la instancia judicial en la cual incide la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formulada.³¹

Por su parte, se ha decidido que es inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad deducido contra una resolución de un órgano como la Superintendencia de Valores y Seguros, por no revestir el carácter de un tribunal ordinario o especial como lo requiere la Constitución.³²

2) *Que la aplicación del precepto legal impugnado no resulta decisiva en la resolución del asunto*. El tribunal, más bien, se ha pronunciado so-

³⁰ Resolución del 16 de agosto de 2006, rol núm. 522, considerando 6.

³¹ Resolución de la Segunda Sala, del 6 de julio de 2006 (rol núm. 507), considerando 5.

³² Resolución de la Segunda Sala, del 27 de junio de 2006, rol núm. 514, considerando 6.

bre este punto en sus sentencias de inaplicabilidad como ocurrió en los roles núms. 472, del 30 de junio de 2006; 499, del 5 de septiembre de 2006 y 546, de 17 de noviembre de 2006.

En los referidos fallos, el Tribunal afirmó que el hecho de que un precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente implica que: “la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución”. Agregó que “la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que «la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto», no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”.

Con todo, este requisito suele ser difícil de constatar con el solo texto del requerimiento y de los antecedentes que se acompañan, por lo que las salas del tribunal han decretado alegatos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley núm. 17.997, con el fin de ilustrar su decisión.

3. *Que la impugnación no está fundada razonablemente.* En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en requerimientos examinados por sus dos salas,³³ ha sido que la fundamentación razonable implica —como exigencia básica— la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, de modo que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada.

En virtud de la tesis explicada se han declarado inadmisibles requerimientos que sólo contienen una referencia meramente genérica o nominal a la norma constitucional supuestamente transgredida por el precepto legal que se objeta sin explicitar de qué modo éste vulnera realmente la carta fundamental.³⁴

³³ Véase, por ejemplo, resolución de la Primera Sala del 17 de mayo de 2006 (rol núm. 481), considerando 4.

³⁴ Véase la resolución de la Segunda Sala, del 30 de mayo de 2006 (rol núm. 495), considerando 14 y resolución de la misma Sala, del 27 de abril de 2006 (rol núm. 494), considerando 8.

Asimismo, se ha estimado que un requerimiento no se encontraba fundado razonablemente al haberse fallado previamente, por la Corte Suprema, un recurso de inaplicabilidad en que se impugnaban los mismos preceptos objetados ante el Tribunal Constitucional. En este caso, la Segunda Sala hizo primar la fuerza de la cosa juzgada que se desprendía de la sentencia de la Corte Suprema de 20 de septiembre de 1999.³⁵

4. *Que no se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.* Es decir, aquellos que establece el artículo 39 de la Ley núm. 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, para acoger a tramitación una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Esta norma indica:

El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas.

Precisando el alcance de esta disposición, la Primera Sala del Tribunal ha señalado que:

En un requerimiento de esta naturaleza han de exponerse circunstanciadamente las inconstitucionalidades que se invocan. La explicación de la forma en que se producen las contradicciones entre las normas legales que se impugnan y el ordenamiento constitucional es la base esencial de la acción que se ejercita.³⁶

Así, las salas del Tribunal Constitucional no han acogido a tramitación requerimientos:

- a) Que no contienen una precisión clara respecto de la gestión judicial pendiente en la que se invoca la inaplicabilidad o cuando ésta no ha sido acreditada mediante la certificación pertinente.
- b) Que contienen una errónea invocación de las normas constitucionales supuestamente transgredidas.
- c) Que manifiestan una falta de concordancia entre las normas constitucionales invocadas en el requerimiento y aquéllas que se mencionan en la parte petitoria del mismo.

³⁵ Resolución del 17 de octubre de 2006 (rol núm. 508), considerandos 8 y 9.

³⁶ Resolución del 10. de septiembre de 2006 (rol núm. 557), considerando 4.

El efecto propio de una resolución de esta naturaleza está descrito en el artículo 41 de la Ley núm. 17.997, cuyos incisos 1 y 2 señalan:

Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la presente ley, el Tribunal podrá, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación. La resolución se comunicará a quien hubiere recurrido.

Los interesados, dentro de tres días contados desde la fecha de la comunicación, podrán subsanar los defectos de su requerimiento o completar los antecedentes que hubieren omitido. Si así no lo hicieren, el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales.

En la mayoría de los casos, los requirentes han ejercido la facultad que les confiere el artículo 41 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, completando los antecedentes o subsanando los defectos del requerimiento dentro del plazo de 3 días. Por excepción, el propio requirente ha reconocido que su acción no estuvo bien planteada y la ha retirado resolviendo la Sala respectiva tenerlo por no presentado (roles núms. 469-2006 y 470-2006).³⁷

V. CONCLUSIÓN

La evaluación de un año y medio de conocimiento y resolución de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por parte del tribunal constitucional, ha significado un aprendizaje conjunto de todos: jueces y abogados del foro. La lección nos parece necesariamente positiva, aún cuando se trata de un proceso de perfeccionamiento permanente de un instituto que se encuentra en el corazón mismo del funcionamiento del Estado de derecho, entendido como equilibrio entre el orden y libertad. Sin duda es labor de todos los operadores del derecho en Chile seguir trabajando en su progreso y eficaz desarrollo.

³⁷ Resoluciones de la Segunda Sala del 4 de abril de 2006.

¿OBJETIVIDAD O SUBJETIVIDAD EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES? ANÁLISIS CRÍTICO DESDE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA

Alejandro QUIJANO ÁLVAREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Precisión de los conceptos* subjetividad y objetividad *en las resoluciones judiciales*. III. *El marco de referencia inicial y final hacia el objeto en las resoluciones judiciales y los límites a la subjetividad del juzgador*. IV. *La contribución de las partes*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente escuchar en las noticias, incluso en las pláticas cotidianas, o leer en los diarios, críticas a las decisiones judiciales, basadas en que las mismas son subjetivas, que el juzgador fue parcial, que las normas y las pruebas se interpretan a discreción del juez.

El presente ensayo tiene como propósito exponer desde una perspectiva práctica, tomando como referencia a las resoluciones como documentos formales y continentes de las decisiones judiciales, el hecho de que las mismas son objetivas o, cuando menos, que difícilmente pueden ser subjetivas.

Es decir, más que entrar en la discusión directa sobre si existe o no subjetividad en el juzgador al momento de resolver un asunto en conflicto,¹ y atendiendo a que la decisión del juez se plasma en una resolución en sentido formal (auto, acuerdo, proveído, sentencia, etcétera), en el presente en-

* Secretario adscrito al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, con sede en Boca del Río, Veracruz.

¹ Existe una discusión teórica respecto de si hay determinación o no en la interpretación del derecho por parte de los juzgadores, la cual involucra, entre otros, el problema de la subjetividad o no en dicha interpretación. Los principales exponentes son Hart, Dworkin y Kennedy, que pueden consultarse en las obras siguientes: Hart, *The concept of law*, Oxford University Press, 1961; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de

sayo se analiza la objetividad o subjetividad en la interpretación del derecho, pero enfocada ya de manera precisa sobre las resoluciones judiciales.

Esta diferenciación entre objetividad y/o subjetividad en el juzgador y objetividad y/o subjetividad en la resolución (en sentido formal), es sutil, pero importante, porque finalmente aunque el juzgador, como ser humano, pudiese tener subjetividad en la apreciación de un problema jurídico, lo que interesa al sistema de impartición de justicia y a los propios gobernados es que la resolución que se emita sea objetiva.

Precisamente por este último punto, en el ensayo se acepta que puede existir subjetividad en el juzgador,² pero se expone que, en todo caso, existen diversos diques y límites jurídicos tendentes a evitar que esa subjetividad se vea plasmada en la resolución correspondiente, lo cual origina que sea bien difícil que una resolución judicial resulte subjetiva.

El punto medular del presente trabajo es exponer que la objetividad en las resoluciones judiciales se logra mediante lo que aquí se denomina *marco referencial hacia el objeto (caso en conflicto)*, en las resoluciones judiciales, así como a través de los límites a la subjetividad del juzgador contenidos en el sistema regulatorio de impartición de justicia, e incluso también mediante la participación activa y correcta de las partes involucradas en un conflicto.

Para lograr ese cometido, en el ensayo se inicia con la precisión de los conceptos de subjetividad y objetividad en las resoluciones judiciales, lo cual es importante, porque existe una concepción de que la resolución judicial, como todo lo proveniente de un sujeto, es subjetiva, cuando no necesariamente es así.

Posteriormente, se probará que en tanto que las resoluciones judiciales tienen como referencia inicial y final un objeto determinado (caso en conflicto), ello produce objetividad, debido a que el juzgador ve limitada su subjetividad al estar obligado a que la conclusión a que llegue, debe tener tales referentes.

Martha Guastavino, 5a. reimp., México, Ariel, 2004, y Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.

² Valga esta reflexión: al juez se le prepara para contar con elementos para decidir; por ejemplo, se habla de criterio judicial, es decir, se espera que el juez, como sujeto, tenga un criterio no sólo profesional sino humano para resolver, pero a la vez, que la decisión sea objetiva; por ende, la problemática debe centrarse en analizar si la sentencia es objetiva, con independencia de la subjetividad que pudiera existir en el juzgador.

También se expondrá en teoría el funcionamiento del marco de referencia inicial y final hacia el objeto en las resoluciones judiciales, explicando brevemente la interrelación entre objeto-sujeto-significado-objeto y los límites a la subjetividad del juzgador contenidos en ese marco. Además, se señalará su funcionamiento en la práctica, o sea, cómo actúa el juzgador frente al caso en conflicto y cómo la resolución funge como continente de esa relación.

De igual modo, se explicará cómo una intervención activa y correcta de las partes puede contribuir a la objetividad de las decisiones judiciales.

En fin, con el deseo de que esta obra sea de utilidad, invito al lector a proceder a su lectura.

II. PRECISIÓN DE LOS CONCEPTOS *SUBJETIVIDAD* Y *OBJETIVIDAD* EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El primer paso para sustentar la teoría que aquí se propone, es realizar la precisión de los términos *subjetividad* y *objetividad* en las resoluciones judiciales. Ese es el propósito de este apartado.

1. *Concepto de subjetividad en las resoluciones judiciales*

Existe una concepción consistente en que como las resoluciones judiciales son producto de un sujeto (el juzgador), siempre serán subjetivas. Es más, ha llegado a aducirse que el juez resuelve según su estado de ánimo, sus creencias personales, sexo, e incluso atendiendo a cuestiones gastronómicas, como lo sugiere Piero Calamandrei en su obra *Elogio de los jueces*, al referir que el litigante debe investigar las costumbres alimenticias de los juzgadores, para saber el momento adecuado en que debe discutir una causa.³ Además, se suele argumentar que existe subjetividad porque un juez resuelve en un sentido, mientras que en un caso similar, otro juzgador decide en un sentido inverso.

Sin embargo, tanto el hecho de que la resolución judicial provenga de un sujeto (juez en sentido amplio), como el que puedan existir criterios contrarios sobre un mismo problema jurídico, no implica necesariamente que aquélla sea subjetiva, como se explica a continuación.

³ Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces*, ed. en facsimilar (sin fines de lucro), México, 1995, p. 224.

Según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, subjetividad, del latín *subiectivus*, es el estado o calidad de subjetivo, entendiéndose por subjetivo aquello que pertenece o es relativo al sujeto considerado en contraposición al mundo externo, o sea lo referente al modo de pensar o sentir de cada quien y no al objeto en sí mismo.⁴

De la acepción común del concepto de subjetividad se deduce que para que ésta exista, es necesario un alejamiento del sujeto respecto del objeto. Es decir, que la acción u opinión del sujeto obedezca a sus motivos personales, independientemente del objeto sobre el que los realice.

Llevado al ámbito que nos interesa, o sea el jurídico, entonces el concepto de subjetividad en las resoluciones judiciales, significaría que la decisión judicial emitida respecto de un caso en conflicto derivara sólo de la apreciación personal del sujeto (juzgador), apartándose del objeto (caso en conflicto).

Para tener una dimensión clara de lo que implica lo anterior, debe tomarse en cuenta que en la solución de un asunto en controversia, no sólo interviene el juzgador (sujeto), sino que también existe el caso concreto, conformado en primer término por la litis entre las partes, la ley, las pruebas, los principios generales del derecho y una pluralidad de factores de tipo social, económico, político, cultural que lo rodean (todo lo cual constituye el objeto), así como diversidad de mecanismos jurídicos tendientes a evitar que en la solución del asunto prevalezca sólo la mera apreciación personal (subjetividad) del juzgador.

El punto determinante para establecer que existe subjetividad en una resolución, consiste en que la misma no esté sustentada en los elementos que conforman el objeto (caso en conflicto).

Para entender con mayor claridad este punto, precisemos ahora el concepto de objetividad.

2. Concepto de objetividad en las resoluciones judiciales

Según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, *objetivo* significa aquello perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir.⁵

⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Buenos Aires, Espasa Calpe, 2001, t. 9, p. 1426.

⁵ *Ibidem*, t. 7, p. 1087.

Entonces, la objetividad en las resoluciones judiciales consiste en que la solución de un caso concreto se cifre en los elementos normativos, probatorios y demás situaciones que lo conforman, realizada por un órgano jurisdiccional y que una vez ponderados, origine una decisión sustentada en tales elementos, con independencia de la propia manera de pensar o sentir del juzgador. Como se ve, la idea es que la decisión no se aparte del objeto a interpretar, esto es, del caso en conflicto. Por ello, se sostuvo en el punto anterior que existirá subjetividad en las resoluciones judiciales si la decisión judicial se aparta de todo o parte de ese objeto y sólo se refleja la apreciación personal del juez.

Una vez precisados los conceptos de subjetividad y objetividad en las resoluciones judiciales, veamos cómo en nuestro sistema jurídico el juzgador está obligado a que la decisión judicial tenga un referente inicial y final hacia el objeto y cómo de esa forma, se gana objetividad.

III. EL MARCO DE REFERENCIA INICIAL Y FINAL HACIA EL OBJETO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y LOS LÍMITES A LA SUBJETIVIDAD DEL JUZGADOR

En el presente capítulo se expondrá en teoría cómo funciona el marco de referencia inicial y final hacia el objeto en las resoluciones judiciales, explicando brevemente la interrelación entre objeto-sujeto-significado-objeto, destacando la predominancia del objeto. Además, se describirá su funcionamiento en la práctica, es decir, el actuar del juez frente al caso en conflicto y la resolución judicial como continente de esa relación.

1. *Su exposición en la teoría*

A. *La interrelación objeto-sujeto-significado-objeto en la solución del caso en conflicto*

En los elementos de esa interrelación, manejo al *objeto* como referente inicial, porque en principio la emisión de una resolución judicial presupone la existencia de un caso en conflicto, que viene a considerarse como el objeto a analizar por el *sujeto* (juzgador). Ese caso en conflicto se compone no solamente por la litis derivada del escrito de demanda y el de contestación, en su caso, sino por todos los elementos a ponderar, co-

mo son la ley, las pruebas, alegatos, principios generales del derecho, la calidad de las partes (trabajador, patrón, ejidatario, menores de edad, etcétera), la materia (laboral, civil, penal, etcétera), impacto social o económico que puede tener el asunto, etcétera. Es el punto de partida.

Señalo al *sujeto* en segundo lugar de la relación, porque una vez que existe el problema jurídico planteado, obviamente el competente para resolverlo es un juzgador, que funciona como sujeto interpretativo. Él tiene la tarea de ponderar el objeto, con la obligación, como se ha expuesto en el capítulo anterior, de centrarse en dicho objeto y apartarse de sus creencias personales, de su subjetividad.

El *significado* figura en tercer lugar, porque de la ponderación realizada por el sujeto sobre el objeto, necesariamente ha de obtenerse un *significado*, que viene a ser la conclusión o determinación sobre el sentido en que ha de resolverse el asunto.

Menciono al *objeto* también al final de la relación, porque luego de que el juzgador analiza el caso en conflicto y obtiene una conclusión, resulta que la misma, la cual debe plasmarse en la resolución judicial formalmente hablando, debe estar sustentada en los elementos del caso en conflicto.⁶

Es decir, en primer lugar la referencia hacia el objeto (caso concreto y sus elementos), en segundo, la ponderación del sujeto (juzgador), en tercero, la obtención del significado (resolución) y, en cuarto, nuevamente la referencia hacia el objeto contenida en la resolución correspondiente, es decir, que la misma debe estar sustentada y fundada en el objeto. Antes que nada el objeto como punto de partida, luego la interpretación del órgano judicial, que dará como resultado una decisión que necesariamente debe estar sustentada en el objeto.

Además, el sistema jurídico está dotado de diversos instrumentos que tienen como propósito limitar la posible subjetividad del juzgador, tales como sistemas de responsabilidad de funcionarios públicos, impedimentos, excusas, recusaciones,⁷ mecanismos de obligatoriedad del precedente, de uniformidad de criterios (contradicciones de tesis), recursos y de-

⁶ Sugiero para el lector interesado en profundizar sobre la relación entre objeto-sujeto-significado, la consulta de las diversas obras de Paul Ricoeur.

⁷ Sobre el tema de excusas y recusaciones *Cfr.* Arrendondo Elías, Juan Manuel, *El acceso a la función jurisdiccional, formación y selección de jueces*, México, Consejo de la Judicatura Federal-Instituto de la Judicatura Federal-Poder Judicial de la Federación, 2005, pp. 74 y ss.

más medios de defensa ante tribunales jerárquicamente superiores y de última instancia, de naturaleza colegiada.

El sistema de responsabilidad de funcionarios públicos, entre ellos los jueces, constituye un límite a la subjetividad del juzgador como “ser humano”, porque en términos generales trata de evitar que los jueces al conocer de un asunto sean parciales, pretendan favorecer indebidamente a alguna de las partes, o bien se aparten de la ley, las pruebas y demás elementos que deban tomar en cuenta para resolver. Aunque en principio la obligación de resolver parcialmente y con apego a la ley incumbe directamente al juzgador (incluso si hay un factor que afecte su objetividad para resolver un caso, debe excusarse de hacerlo), existen otros mecanismos que pueden ser accionados por las partes, que tratan de privar de subjetividad al juzgador-humano, como es el caso de los impedimentos o recusaciones para conocer de algún asunto, entre otras cuestiones, por existir amistad estrecha o enemistad con alguna de las partes, etcétera. Asimismo, existen las quejas administrativas en caso de que el juez haya soslayado tomar en cuenta alguna prueba admitida y trascendental para el resultado del fallo, o bien que haya aplicado alguna ley inaplicable, etcétera, todo lo cual viene a corroborar el hecho de que difícilmente un juez deliberadamente incurriría en esas omisiones, con lo cual se gana objetividad.

Asimismo, resulta que el juez en caso de existir precedentes sobre un caso similar o de haber un criterio obligatorio proveniente de un órgano superior, no puede caprichosamente resolver en sentido contrario, sino que debe atender al criterio establecido. Este mecanismo que tiene como fin garantizar seguridad jurídica al gobernado, mediante la obligatoriedad para el juzgador del precedente (una vez que se reúnan los requisitos legales para ello), también funciona como una limitante a la subjetividad del juzgador, porque le impide jurídicamente resolver sólo conforme con su apreciación personal, sino que lo obliga a acatar un criterio judicial previamente establecido. Además, tratándose de sistemas de unificación de criterios, como el caso de las contradicciones de tesis en México, resulta que también ayudan a erradicar la subjetividad en las resoluciones judiciales, porque precisamente surgen con motivo de dos o más criterios jurídicos distintos sobre un mismo problema jurídico, de modo que al unificar cuál debe ser el criterio válido,⁸ se obliga a los demás órganos

⁸ Necesariamente debe considerarse como válido, para fines de seguridad jurídica.

jurisdiccionales jerárquicamente inferiores al órgano que resolvió la contradicción, a acatar dicha decisión.

Otra ventaja en los sistemas de precedentes obligatorios y también en el caso de recursos interpuestos ante tribunales de última instancia, consiste en la naturaleza colegiada de los órganos que los resuelven. ¿Qué se quiere decir con ello? De entrada que el objetivo principal es buscar una sola respuesta que sea la válidamente correcta para un caso determinado. Además, se tiene la ventaja de que la resolución se atribuye al órgano judicial y no a sus componentes humanos. Muchos pensarán que las decisiones finales también se dan por mayoría de votos y que en ello existe subjetividad, pero no debe perderse de vista que la decisión, aunque sea por “convencionalismo jurídico”, proviene del órgano judicial y no de sus componentes. Esto de la diferencia entre organismos colegiados y sus integrantes, viene a constituir un mecanismo de interpretación que auxilia a buscar objetividad y perder subjetividad.

Es decir, aun cuando los órganos colegiados se integren por humanos y que en cada uno de ellos exista un particular punto de vista respecto de un caso, la suma y muchas veces confrontación de esas intersubjetividades contribuye a conformar una objetividad, nacida de ese convencionalismo de que la decisión se toma por un ente jurídico distinto de sus integrantes, independiente de las apreciaciones particulares de aquéllos.⁹

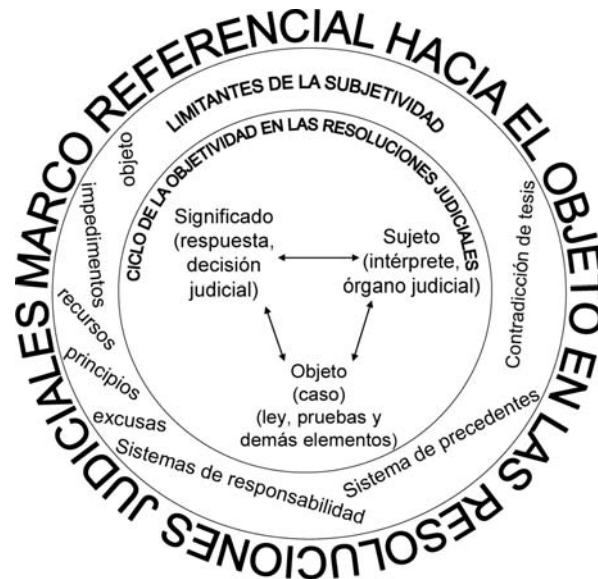
Por si fuera poco, también por ética el juzgador debe ser objetivo, como, por ejemplo, se aprecia del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación en México, en el cual en el capítulo III, relativo a la objetividad, en el artículo 3o., se expresa que la objetividad del juzgador consiste en la actitud del juez frente a influencias ajenas al derecho, provenientes de sí mismo, es decir, que deben emitir sus resoluciones derivado de los motivos y fundamentos que le proporcione el derecho, mas no por las razones provenientes de su particular modo de pensar o sentir, de manera tal que al momento de plasmar la decisión en una resolución formal, ésta debe ser reflejo de todos los datos objetivos derivados del caso en conflicto.

Con lo anterior se ven corroboradas algunas de las ideas que he expuesto con antelación, en el sentido de la importancia de la referencia hacia el objeto en las resoluciones judiciales y que además existen mecanis-

⁹ Es obvio que me refiero al caso de tribunales de última instancia, pero la observación es importante porque finalmente el sistema jurídico proporciona al gobernado la posibilidad de que, en su caso, la decisión final sobre su asunto, provenga de un tribunal de naturaleza colegiada.

mos que tratan de erradicar la subjetividad del juzgador-humano, a través de la obligación que tiene de sustentar sus decisiones en datos objetivos, debidamente motivados.

Lo explicaré en la siguiente gráfica, que denomino: *Marco referencial hacia el objeto en las resoluciones judiciales*:



Teóricamente esa es la forma en que se da la interrelación objeto-sujeto-significado-objeto en la solución de un caso en conflicto. En lo que denomino *ciclo de la objetividad en las resoluciones judiciales*, se encuentra la referencia inicial y final hacia el objeto. En lo que llamo *limitantes de la subjetividad*, trato de ejemplificar que el papel del juzgador en esa interrelación se encuentra limitado por diversos mecanismos que buscan erradicar la subjetividad, como son los sistemas de responsabilidades, los impedimentos, las excusas, mecanismos de criterios obligatorios como el de contradicción de tesis y el valor del precedente, e incluso también por el propio objeto, ya que a la vez que funciona como una de las partes de esa interrelación, funge como limitante de la subjetividad, porque el juzgador necesariamente se encuentra constreñido a resolver acorde con los elementos que conforman el objeto, como la ley, las pruebas etcétera.

La predominancia del objeto en esa interrelación, produce objetividad. En el siguiente punto se explicará por qué.

B. *La predominancia del objeto sobre el sujeto
en las resoluciones judiciales, produce objetividad*

Como se expuso en el primer apartado, la objetividad en las resoluciones judiciales puede entenderse como la circunstancia de que la interpretación de un caso concreto se cifre en los elementos normativos, probatorios y demás situaciones que lo conformen, realizada por un órgano jurisdiccional y que una vez ponderados, origine una respuesta sustentada en tales elementos. Acorde con lo anterior, en la medida en que la solución del caso tiene como punto de inicio y final el objeto, la resolución será objetiva, atendiendo además a que existe una barrera de limitantes de la subjetividad. *La litis*, la ley, los principios, las disposiciones normativas y elementos que conforman el caso, a la vez que funcionan como limitantes, conforman el objeto.

A pesar de lo anterior, es usual que se cuestione que, en muchos casos, es posible encubrir hábilmente una apreciación personal en las resoluciones judiciales, con el ropaje de la objetividad, esto es, que las pruebas y la ley son susceptibles de interpretarse en un sentido y en otro inverso. Sin embargo, considero que precisamente la referencia necesaria hacia el objeto, además de las limitantes a que he aludido, resta subjetividad, ello aunado a que la interpretación debe ser fundada y motivada, y ser exhaustiva, pues si no se incurriría en una posible causa de responsabilidad.

Es decir, para determinar si existe subjetividad en una resolución judicial, debe analizarse si en la solución del asunto el juzgador se apartó del objeto. Sugiero que el lector (aquel que tenga oportunidad de hacerlo), realice ese ejercicio directamente sobre alguna sentencia (mejor aún si tiene a la mano el expediente relativo) y notará que es sumamente difícil encontrar subjetividad, porque resulta que el juzgador al resolver un conflicto judicial, como se dijo, se encuentra constreñido por la litis, está limitado por la ley, por las pruebas y demás elementos que constituyen el caso concreto.

Es cierto que pueden existir criterios diferentes sobre un mismo problema jurídico, pero ello no implica necesariamente subjetividad en la resolución judicial, si finalmente las resoluciones judiciales respectivas se sustentan en el objeto.

En fin, la predominancia del objeto sobre las apreciaciones personales (subjetivas) del sujeto, produce objetividad en las resoluciones judiciales.

Veamos ahora el funcionamiento práctico de esa interrelación.

2. Su aplicación en la práctica

A. El juzgador frente al caso en conflicto

En nuestro sistema jurídico, predominantemente escrito, la relación inicial entre objeto y sujeto, acontece con el escrito de demanda. Es el primer elemento objetivo que se pone delante del juzgador para ser interpretado y que lo obliga a emitir una resolución, ya sea admitiendo a trámite la demanda, desechándola, apercibiendo a la parte actora para que aclare o corrija dicho escrito, en caso de que proceda. Incluso en ese primer momento, puede apreciarse el marco de referencia inicial y final hacia el objeto.

Lo anterior porque, sin duda, el escrito de demanda contiene tentativamente el caso en conflicto. El juez al analizar el escrito y con base en su contenido y de acuerdo a la legislación aplicable, deberá obtener un significado, que se traducirá en admitir la demanda, desecharla o prevenir al actor para que subsane alguna irregularidad. La resolución que emita, denominada generalmente auto o proveído, debe hacer referencia al fundamento y motivos en que se sustente, es decir, debe existir nuevamente una referencia final hacia el objeto.

A manera de ejemplo, un juez de distrito (sujeto), para desechar una demanda de amparo (parte del objeto), por haber obtenido como datos (significado) del escrito relativo, que fue presentada fuera de tiempo, tendría que expresar como motivos y como fundamento legal del desechamiento, que la misma fue promovida fuera del término que previene el artículo 21 de la Ley de Amparo y que ello se aprecia del sello de recepción de la demanda plasmado en la misma.

Del ejemplo anterior, se tiene que en primera instancia el objeto constituido inicialmente por el escrito de demanda y la ley aplicable (en este caso Ley de Amparo), ponderado por el juez, le indicó que acorde con la fecha de presentación de la misma y de acuerdo en lo dispuesto por el artículo 21 de esa ley, debía desecharse. En primer lugar el objeto (demanda, ley y demás datos), luego la ponderación del juez (sujeto), la obtención de una conclusión (significado) y, por último, nuevamente la referencia final hacia el objeto, plasmada en la resolución correspondiente. Ese proceso se va presentando cada vez que el juzgador emite una resolución, mayormente en la sentencia definitiva.

Una de las preocupaciones más constantes en los juzgadores es que las resoluciones que emitan sean objetivas, derivado principalmente de la con-

ciencia de que su labor puede afectar positiva o negativamente a las partes y también de la responsabilidad en que pudieran incurrir; tal vez los jueces de carne y hueso no sean infalibles como el juez Hércules del que habla Ronald Dworkin, en su ensayo *Casos difíciles*,¹⁰ pero la realidad es que el sistema de impartición de justicia cuenta con los elementos jurídicos tendentes a que las resoluciones judiciales resulten objetivas, o cuando menos, que difícilmente sean subjetivas, a los cuales se ha hecho alusión.

Aunado a lo anterior, entre esos elementos a que me refiero, se encuentran dos de los principios más importantes que rigen el dictado de una resolución judicial: el de legalidad (fundamentación y motivación, principalmente) y el de exhaustividad.

Así, resulta difícil que en una resolución prevalezca sólo el modo de pensar del juez, apartándose del objeto, pues tiene la obligación de expresar los motivos y el fundamento legal de la misma, los cuales deben tener relación directa con el caso en conflicto.

Además, en la resolución no puede soslayarse deliberadamente algún punto en conflicto, pues el juez está obligado a pronunciarse sobre todos los planteamientos de las partes y sobre el valor de las pruebas aportadas, atendiendo al principio de exhaustividad, ello aunado a los mecanismos jurídicos que funcionan como límites a la subjetividad del juzgador.

Menciono todo lo anterior porque esas cuestiones son tomadas en cuenta por los juzgadores al momento de resolver un asunto, y precisamente como especialistas en derecho, conocen perfectamente que las resoluciones judiciales deben ser objetivas, además de que es su obligación como servidores públicos.

Ahora sólo resta expresar brevemente cómo en la práctica la resolución judicial funge como continente de la interrelación objeto-sujeto-significado-objeto, para lo cual tomaré como referencia a la sentencia, por ser la resolución con la que normalmente culmina un asunto.

B. La sentencia como continente de la interrelación objeto-sujeto-significado-objeto.

En nuestro sistema jurídico, las partes en que una sentencia se divide formalmente hablando, son los resultandos, considerandos y resolutivos.

En el primer punto conformado por los resultandos, se encuentra la referencia inicial hacia el objeto en una resolución judicial, porque en esa

¹⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 1, pp. 177 y ss.

parte se dan los pormenores del asunto, es decir, se asienta quién promovió la demanda, qué fue lo que se demandó y en contra de quién.

En una parte de los considerandos también se expresan más datos del objeto, por ejemplo, la ley aplicable al asunto y que da competencia al juzgador para conocer del mismo, se hace una relación de lo planteado por las partes, se fija la litis, la carga probatoria, se describen las pruebas aportadas por las partes y cómo fue su desahogo.

En dicha parte considerativa, igualmente se encuentra reflejada la ponderación efectuada por el juzgador respecto del caso en conflicto, se expresan las razones y motivos que tuvo en cuenta para llegar a una determinación y el fundamento legal. Es decir, se plasma la conclusión a que llega el juez.

De igual modo, en esa parte de la sentencia, se hace nuevamente la referencia hacia el objeto en tanto que la conclusión a que llegue el juez debe tener relación directa con el problema jurídico planteado y estar sustentada en las constancias de autos, es decir, en el material probatorio, tener su fundamento en la ley aplicable, en la doctrina o jurisprudencia.

En los puntos resolutivos, finalmente, por técnica jurídica se expresa sólo el sentido de la decisión final, en forma de síntesis, pero en relación con la parte considerativa.

Como se ha visto, la sentencia funge como continente de la interrelación objeto-sujeto-significado-objeto y, en esa medida, o sea, en virtud de la predominancia del objeto, es muy difícil que las decisiones judiciales seas subjetivas. Veamos ahora cuál es la contribución de las partes en el logro de objetividad en una resolución judicial.

IV. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS PARTES

Ya se expresó cómo existe una serie de límites a la posible subjetividad del juzgador y que a través de la referencia inicial y final hacia el objeto, se logra objetividad; pero poco se ha hablado acerca de la participación de las partes en la obtención de objetividad en una resolución judicial.

Considero que uno de los principales problemas al analizar si una resolución es subjetiva, consiste en atribuir toda la responsabilidad al juzgador. Sin embargo, aun cuando en gran porcentaje así es, las partes también tienen un grado de responsabilidad en ello.

Lo explico. El sistema jurídico ofrece al gobernado una serie de instrumentos legales, que sirven como mecanismos de defensa en contra de la posible subjetividad del juzgador en la solución de un conflicto, como los impedimentos, los recursos ante el superior jerárquico, las quejas administrativas, entre otros. Si alguna de las partes considera que el juez podría resolver con subjetividad un asunto en el que tuviera amistad con la parte contraria, entonces, aquélla tiene a su alcance el instrumento jurídico del impedimento, con miras a lograr que el juez se abstenga de conocer de ese asunto. Si considera que el juzgador soslayó analizar todos los puntos objetos de la controversia, pues la parte afectada puede interponer un recurso ante el superior jerárquico, haciendo valer tal omisión.

En el caso de sentencias de última instancia, contra las que ya no procede ningún medio de defensa, las partes pueden desde la demanda o escrito de agravios, según sea el caso, destacar en un apartado especial el hecho de que tienen especial interés en que el juez se pronuncie respecto de cada uno de los puntos en conflicto, que funde y motive adecuadamente cada decisión que tome, incluso indicando que es su responsabilidad como funcionario público. Es cierto que el juzgador está obligado a hacerlo, sin que medie petición alguna en ese sentido, pero es innegable que como toda función humana, la de juzgar, es susceptible de omisiones involuntarias, por ello, el hecho de que la parte interesada lo solicite expresamente, reducirá, sin duda, que el juez incurra en alguna omisión de ese tipo.

Asimismo, en la medida en que las partes ofrezcan los medios de prueba idóneos y precisos para probar los hechos en que funden sus acciones, brindarán más datos objetivos en los que el juzgador pueda apoyar su decisión, pues entre mayor material adecuado tenga a su alcance el juez, ello reducirá su margen de discrecionalidad para resolver el asunto.

No está demás señalar que en muchas ocasiones las críticas hacia las decisiones judiciales provienen de casos en los cuales la parte afectada con una resolución no ha hecho uso de los instrumentos jurídicos a su alcance para tratar de lograr objetividad en las resoluciones judiciales. No resulta válido criticar al sistema de administración de justicia en el país, por fallas u omisiones en las decisiones de sus órganos jurisdiccionales, si las partes afectadas no han hecho uso de todos los mecanismos jurídicos que el propio sistema les brinda para subsanarlas.

En ese sentido, corresponde también a la parte afectada cierto grado de responsabilidad en que las resoluciones resulten objetivas. Si no se

cambia la cultura del *conformismo jurídico* o *inconformismo pasivo*,¹¹ se estaría permitiendo esa práctica a que se alude.

Con lo hasta aquí expuesto, tenemos que el sistema jurídico está diseñado para lograr objetividad en las resoluciones judiciales y que en ello, también pueden tener intervención las partes.

V. CONCLUSIÓN

En la medida en que sea entendido que en las resoluciones judiciales debe haber una referencia inicial y final hacia el objeto y que además el sistema jurídico contiene diversos límites a la subjetividad del juzgador, incrementará la comprensión de que la labor de juzgar difícilmente puede ser subjetiva, sino que, por el contrario, es más probable que sea objetiva.

La participación adecuada y correcta de las partes en conflicto, puede contribuir a que el juzgador cuente con mayores elementos objetivos en los cuales basar la resolución correspondiente.

Es posible que al tenerse una idea clara de que las resoluciones judiciales difícilmente pueden ser subjetivas, ello pueda redituarse en el fortalecimiento de la legitimación del Poder Judicial, como ente encargado de la administración de justicia.¹²

Con base en lo anterior, propongo que cada uno de los lectores de esta obra reflexione acerca del verdadero concepto de subjetividad en una resolución judicial. Considero que en verdad llegará al convencimiento de que el Poder Judicial está preocupado porque en las decisiones que tome, prevalezca la objetividad y que además, las partes también pueden contribuir a ello. Esta reflexión, por interior que sea, no será inútil, pues creará en el lector un sentimiento de confianza respecto de que si llegara a tener un problema de carácter jurídico, cuenta con un órgano jurisdiccional que lo analizará objetivamente y que en esa labor, el gobernado puede tener intervención directa.

¹¹ Muchas veces sólo se critica una resolución, sin hacer uso de los recursos jurídicos para combatirla.

¹² Por ejemplo, el autor Toharia, José Juan, en su ensayo: “La opinión pública en la evaluación de justicia”, ha sostenido que la legitimación de una institución, se basa en la confiabilidad de los ciudadanos en ella; dicho ensayo se encuentra contenido en la obra: *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 368.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARREDONDO ELÍAS, Juan Manuel, *El acceso a la función jurisdiccional: formación y selección de jueces*, México, Consejo de la Judicatura Federal-IJF-Poder Judicial de la Federación, 2005.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, ed. en facsimilar (sin fines de lucro), México, Tribunal, 1992.
- CARBONELL, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 5a. reimp., México, Ariel, 2004.
- FLORES, Imer *et al.*, (comps.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.

Diccionarios

- Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Buenos Aires, Espasa Calpe, 2001.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y EFICACIA
NORMATIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Fernando SILVA GARCÍA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La creación judicial del derecho por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. III. *La importancia de la eficacia de la jurisprudencia constitucional*. IV. *Tratamiento de la jurisprudencia constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las aportaciones fundamentales del distinguido jurista Héctor Fix-Zamudio ha tenido que ver con la proposición en el sentido de que la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) tiene o debe tener eficacia general, lo que ha estudiado principalmente desde la perspectiva de los requeridos matices a la fórmula Otero en el ámbito del juicio de amparo.¹ La materia del presente trabajo se limita a exponer la manera en que, de forma paulatina, la

* Doctor en Derecho público por la Universidad Carlos III de Madrid; secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ El profesor nos indica que una vigorosa corriente doctrinal mexicana ha propuesto la revisión de la fórmula Otero e implantar la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas generales, sin que esto suponga la supresión total de los efectos particulares, que puede subsistir en cierto sector de la impugnación de las disposiciones legislativas, ya que ambos sistemas no son incompatibles, sino que pueden combinarse, como lo demuestran los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que hemos señalado con anterioridad. Los partidarios de la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas legislativas nos apoyamos —señala el

SCJN ha ido recogiendo esas ideas, al atribuir un valor importante a la jurisprudencia constitucional dentro de nuestro sistema jurídico, reconociendo, de una manera u otra, el peso de las argumentaciones que la doctrina académica ha apuntado en tal sentido a lo largo de nuestra historia jurídica.²

jurista— en dos argumentos esenciales: a) La aplicación exclusiva de los efectos particulares en la impugnación de normas generales infringe uno de los principios básicos del Estado democrático de derecho, que se apoya en el principio básico de la igualdad de los gobernados ante la ley, el que se infringe con la subsistencia de disposiciones normativas que han sido declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, ya que si bien algunas personas o entidades que cuentan con recursos económicos pueden acudir al asesoramiento de abogados distinguidos para que interpongan oportunamente la demanda de amparo respectiva, el resto de la población, que es el más numeroso, con el ordenamiento contrario a la carta federal. La declaración general, que se traduce en la invalidez de las normas inconstitucionales, impide que se aplique en perjuicio del grupo mayoritario de gobernados, y por ello se ha impuesto el régimen de la declaración general (que por otra parte no tiene carácter absoluto), en una gran parte de los ordenamientos contemporáneos. b) En segundo lugar, al dictarse las sentencias caso por caso, apoyadas en los mismos razonamientos e inclusive en jurisprudencia obligatoria cuando se trata de la impugnación de normas generales en el juicio de amparo, complica de manera extrema la labor de la Suprema Corte y por ello fue necesario que esta última expidiera los acuerdos generales 6/1999 y 1/2000 con objeto de encomendar a los tribunales colegiados de circuito, para su resolución, los juicios de amparo en revisión contra normas generales, respecto de las cuales ya se hubiera establecido jurisprudencia obligatoria de la propia Corte. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 290. Otros estudios del jurista: “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núms. 10 y 11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98; La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad, originalmente en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 11, septiembre-diciembre de 1979, pp. 641-694, y en el libro *La jurisdicción constitucional de Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 439-493.

² Lucio Cabrera ha apuntado que desde finales del siglo XIX se ha discutido en México el problema de algunas sentencias cuyos efectos jurídicos naturales deben ser erga omnes, señalando que la generación de académicos que escribieron en el semanario *El Derecho* y en el periódico *El Foro* durante el periodo de la restauración de la República, entre 1868 y 1876, tuvieron la idea de que los fallos de la SCJN en amparo contra leyes tendrían efectos generales, a pesar de la fórmula Otero, sosteniendo que la consecuencia jurídica natural de la declaración de inconstitucionalidad de una ley es que no vuelva a aplicarse a ningún gobernado. Cabrera Acevedo, Lucio, “La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y aspectos de sus facultades discrecionales”, *Derecho constitucional comparado, México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, pp. 486-492. También en Gaxiola, Jorge F., “Los efectos de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que declara la inconstitucionalidad de una ley”, *Pensamiento jurídico de México en el derecho*

Destacaremos que la importancia de ese paulatino reconocimiento de eficacia general de la jurisprudencia constitucional radica en que constituye uno de los factores esenciales y necesarios para el posicionamiento de la SCJN como tribunal constitucional, si se considera que, en los últimos años, ha tenido la tarea de arbitrar las relaciones entre gobernados y autoridades, así como las relaciones político institucionales en el período de transición democrática que vive nuestro país,³ *definiendo jurisprudencialmente* —frente a toda la sociedad y la comunidad política— el contenido de los principios orgánicos, competencias, garantías institucionales y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; todo ello a través de la resolución de las acciones de su competencia.

II. LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La interpretación jurídica siempre ha sido un problema clave para la teoría general del derecho. Desde hace varias décadas, se ha puesto de manifiesto que la aplicación de una norma jurídica aporta modificaciones al esquema objetivado; que el proceso de concreción contiene algo nuevo, que no está previamente contenido en la norma general.⁴ Es por ello que incluso en los sistemas de tradición continental,⁵ como el mexicano,

constitucional, México, Porrúa, 1960; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 209, y en *Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917*, citado en la obra de Lucio Cabrera antes mencionada, p. 158.

³ Potencializada por la división partidista existente entre el Ejecutivo y el Legislativo en los últimos tiempos; nada extraña en los sistemas presidencialistas. Sobre los efectos de esa división en los sistemas parlamentarios y presidencialistas, Ackerman, Bruce, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, enero de 2000, pp. 642-727.

⁴ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 140 y 141.

⁵ Aun cuando no puedan pasar inadvertidas las múltiples diferencias que la doctrina académica ha destacado entre el *common law* y el *civil law* en el ámbito del control constitucional de leyes, algunos de sus rasgos distintivos se relativizan, entre otras cosas, por el hecho de que ambas tradiciones jurídicas operan dentro de un Estado constitucional. Ferreres Comellas, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002, quien concluye que estas diferencias no son suficientes para negar valor vinculante a la jurisprudencia en los sistemas continentales. Asimismo, Margadant ha señalado que: “...la di-

la doctrina ha descrito a la actividad judicial como actividad integradora del ordenamiento jurídico, a través de conceptos como “*insuficiencia, inclusive en el sistema de la legalidad, de la concepción meramente lógica de la sentencia*”,⁶ poniendo de relieve que los conceptos indeterminados previstos en las normas escritas ofrecen al juez el camino para generar derecho. La realidad y los límites del lenguaje han evidenciado de forma más o menos explícita la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares.⁷ En tal sentido, la doctrina ha apuntado que el derecho escrito no puede abarcar todos los supuestos de situaciones conflictivas; no tiene la capacidad de formular sus mandatos, siempre y sin excepciones, en forma unívoca y con un significado indiscutiblemente aprehensible.⁸ Se ha dicho, a ese respecto, que la función judicial es una actividad dinámica, puesto que la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor creativa, indispensable para adecuar el mandato genérico a las modalidades específicas, infinitamente variables, de la práctica. La experiencia ha evidenciado que el juez no puede materialmente limitarse a interpretar y aplicar el derecho a través de un silogismo simple, o silogismo judicial, cuya premisa mayor está constituida por la norma abstracta en su apreciación textual, la premisa menor por los supuestos de hecho, y la conclusión por la apli-

ferencia entre estos dos sistemas no es absoluta: cualquier sistema jurídico moderno es un duo cantado entre el juez y el legislador, y en el mundo neoromanista ningún abogado puede hacer un trabajo responsable si no conoce el camino en la jurisprudencia... se debe reconocer que México pertenece a esta familia desde el punto de vista de su derecho civil, y por su sistema de distribuir la tarea de crear normas entre el poder legislativo y el judicial pero desde el punto de vista del derecho constitucional escrito, México pertenece al grupo encabezado por los EE. UU... la frase corriente de que México es un país neo-romanista, es correcta como primer acercamiento, pero un análisis realista y más detallado nos obliga a aportar a esta afirmación varias matizaciones...”. Margadant S., Guillermo F., *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, 1996, pp. 92-94, 239 y 240.

⁶ Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Europa-América, 1953, pp. 78 y 79.

⁷ Consideraciones vertidas en el amparo directo en revisión 1207/2005. Quejosa: Chipinque Racquet Club, Asociación Civil, ponente: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, unanimidad de 5 votos, 28 de octubre de 2005.

⁸ López Guerra, Luis, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año X, núm. 442, 8 de junio de 2000.

cación del mandato legal al caso particular. Aceptar lo contrario llevaría a confundir lo abstracto con lo concreto y desconocer el movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de las normas: si la tesis (norma abstracta), produjera una antítesis (norma concreta), y la síntesis no fuera otra cosa que el regreso a la tesis original, carecería de significación jurídica calificar a la jurisdicción como una de las funciones materiales del Estado, en tanto que nada estaría aportando ni en lo abstracto ni en lo concreto: al pasar de la antítesis a la síntesis se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial, porque la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, al interpretarla y, en ocasiones, integrarla.⁹

Especialmente la interpretación de las normas constitucionales presenta esos efectos y dificultades, lo que es producto de la estructura normativa de los preceptos constitucionales (principios y reglas; conceptos indeterminados) y del contenido de las normas (piénsese en la apertura a la moral que implican las normas sobre derechos y libertades).¹⁰ Se ha destacado, en tal sentido, que las Constituciones contienen la indicación de aquéllos que son los supremos valores de la actividad futura del Estado y de la sociedad. De ahí descende que la actividad de interpretación constitucional implique, más que la decisión de casos concretos, la *emisión de directrices de naturaleza dispositiva*. Por ello, dicha función interpretativa de la Constitución ha sido considerada como una labor más próxima a la actividad legislativa y política que a la propiamente judicial.¹¹ La aplicación de una norma constitucional (indeterminada) requiere, previamente, la realización de un proceso a través del cual el operador jurídico define su alcance. Se ha dicho que la definición de sentido de las normas constitucionales (indeterminadas) llega a suponer una auténtica configuración de un sistema de normas adscritas, equivalentes a la propia Cons-

⁹ Véase Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, octubre de 1996, p. 9. Al respecto, véanse también las consideraciones establecidas en la contradicción de tesis 181/2005-SS, Segunda Sala, ponente: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, sesión del 17 de febrero de 2006, unanimidad de 4 votos.

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, pp. 72-74.

¹¹ Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional”, *Estudios de derecho comparado*, México, UNAM, 1987 (*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, 5a. reimpr., Milán, Giuffrè, 1975), pp. 77, 78 y 151.

titución, que operan como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, cuando el creador es el intérprete supremo.¹² De alguna manera, la SCJN ha reconocido ese efecto de la labor interpretativa en los siguientes criterios:

INTERPRETACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. Para que haya interpretación directa de un precepto de la Constitución, es indispensable que el tribunal sentenciador fije por sí mismo el sentido de una disposición constitucional, determinando su alcance jurídico, pero no la hay cuando se deje de aplicar o se viole una norma de la Constitución, que es cuestión muy distinta a establecer la interpretación directa de un precepto constitucional, que requiere que el juzgador lo examine directamente y determine su alcance jurídico en la forma antes expuesta. Reclamación 353/69, tesis aislada en materia constitucional, común, *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Séptima Época, t. 21, Cuarta Parte, p. 57. Miguel González Rul, 2 de septiembre de 1970, cinco votos, ponente: Rafael Rojina Villegas).

AMPARO... Por la sentencia que en el amparo se dicte, se fija el sentido de interpretación de la Constitución General y de las leyes comunes, lo cual no puede dejarse a la torpeza y negligencia de las partes que intervienen en el juicio de garantías y que presenten pruebas deficientes; el amparo debe atenerse más a la realidad de las cosas que a la simple formalidad de carácter procesal... amparo penal en revisión 3978/31, tesis aislada en materia penal, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Quinta Época, t. XXXVIII, p. 2467. Larios Rutilo, 9 de agosto de 1933, mayoría de 3 votos, ausente: Enrique Osorno Aguilar, disidente: Salvador Urbina. La publicación no menciona el nombre del ponente).

Como se ha adelantado, ese fenómeno puede apreciarse fácilmente tratándose del catálogo de derechos fundamentales que, conjuntamente con las demás regulaciones materiales de la Constitución, constituyen la obra de regulación con la menor densidad regulativa.¹³ Al respecto, se ha dicho que el juez, en su operación de interpretación, no va a *descubrir* el sentido encubierto, sino, antes al contrario, va a *atribuir* un cierto signifi-

¹² Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 1-29.

¹³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 22.

cado al estar optando entre uno de los múltiples y diversos significados que son lógicamente posibles, subrayando que ello no da lugar a arbitrariedad pretoriana, dado el marco conceptual de posibilidad lógica dentro del cual debe elegir el juez.¹⁴ La doctrina académica habla, inclusive, de un lenguaje moral abstracto presente, en algunas normas sobre derechos fundamentales.¹⁵ Se ha hecho notar, a ese respecto, que está cargado de sentido que algunos conceptos previstos en la Constitución no se encuentren definidos detalladamente,¹⁶ por un lado, porque la apertura hace posible abarcar de manera justificada supuestos que no se imaginaron en su momento y que se tuvo la intención de comprender; por otro, porque aun cuando no se hayan querido contemplar en ella determinados supuestos de hecho, es razonable pensar que el Constituyente ha reconocido que las circunstancias pueden cambiar al grado de hacer indispensable que la norma comprenda casos que la nueva realidad social impone considerar, a partir de las directrices generales que sí se encuentran previstas en el texto básico. De entrada, el carácter indeterminado y potencialmente definible de esa especie de normas posibilita un diálogo intergeneracional sobre su

¹⁴ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 103.

¹⁵ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, p. 7. Tomando como ejemplo el enunciado: todos "tienen un derecho a la libertad", la doctrina ha ejemplificado las distintas dimensiones de abstracción. La primera dimensión concierne a los destinatarios (no está dicho frente a quién se dirige el derecho). La segunda se refiere a la modalidad del objeto del derecho (debe definirse si se trata de un derecho a la abstención de intervenciones en la libertad o implica también acciones positivas y, en este segundo supuesto, también debe precisarse si implica o no el aseguramiento de las condiciones reales, por ejemplo, las económicas, para el uso de la libertad). La tercera dimensión afecta a la restricción del derecho (qué límites tiene, en relación con otros derechos y con el orden público, por ejemplo). A esas tres dimensiones se suma el alto grado de generalidad del objeto del derecho (libertad de expresión, de emigración, de profesión). Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. Derechos y libertades", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año V, núm. 8, 2000, p. 30.

¹⁶ Se ha apuntado que tales conceptos constitucionales abstractos evidencian la intención de sus creadores de responsabilizar a las generaciones futuras y a los órganos constitucionalmente competentes, en cierta medida, al desarrollo e interpretación de las normas indeterminadas, considerando su apertura a la moral y a una realidad social concreta. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, pp. 134-136.

contenido a lo largo del tiempo.¹⁷ Ese fenómeno, tratándose de la interpretación de la Constitución, llega a suponer una labor de configuración e integración normativa que se proyecta a través de criterios interpretativos y/o jurisprudenciales que van dotando de un sentido aproximado a las normas constitucionales abstractas, a través de la resolución de casos concretos.¹⁸ Lo que nos interesa poner de manifiesto en este apartado, es que el sistema jurídico mexicano no es la excepción a dichas ideas:

Por ejemplo, el enunciado constitucional del artículo 14 de la norma suprema, que obliga a que se cumplan las “*formalidades esenciales del procedimiento*” tratándose de los actos de privación, es distinto del que ha resultado de la interpretación de dicha norma, que consiste en el derecho a la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) *la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias*; 2) *la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa*; 3) *la oportunidad de alegar*, y 4) *el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas*.¹⁹ El enunciado constitucional que indica: “las multas *excesivas* son contrarias al artículo 22 constitucional”, desprendible textualmente de dicho numeral es distinto del que ha resultado de la actividad

¹⁷ “...The framers of the Constitution wisely spoke in general language and left the succeeding generations the task of applying that language to the unceasingly changing environment in which they would live...”. Tribe, Laurence H. *et al.*, “On Reading the Constitution”, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 13. Renquist, William, “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review*, núm. 54, 1976, pp. 693 y 694.

¹⁸ Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984.

¹⁹ FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar; y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Tesis P./J. 47/95, jurisprudencia en materia constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, diciembre de 1995, t. II, p. 133.

interpretativa desplegada por el alto tribunal que, podría decirse, ahora señala: “las multas fiscales *fixas* son contrarias al artículo 22 constitucional”.²⁰ El enunciado constitucional escrito que señala “*no se podrá coartar el derecho de asociarse*” es distinto del que ha resultado de la actividad interpretativa de la SCJN que comprende el “*derecho a permanecer, a renunciar y/o a no asociarse*”.²¹ El enunciado escrito que señala que los trabajadores tienen “*derecho a coaligarse en defensa de sus intereses*” es distinto al enunciado normativo desprendible de la labor jurisprudencial de la Corte, que podría considerarse que señala, además, que: “*los trabajadores tienen derecho a formar más de un sindicato para defender sus intereses*”.²² El enunciado constitucional general y abstracto que reconoce el derecho de protección a la vida de los individuos es distinto del que indica que la protección del derecho a la vida del niño se proyecta *tanto antes como después del nacimiento*, lo que implica el reconocimiento del derecho constitucional para el producto de la concepción.²³ Dichos criterios bastan para poner de manifiesto que la SCJN desarrolla una actividad jurisdiccional interpretativa de carácter creativo.

Lo que es importante tener presente es que los principios abstractos, sistemáticamente entendidos, a la vez que generan la posibilidad de ser rellenos en el tiempo, condicionan también esa labor creativa: *apertura no equivale a ininteligibilidad*.²⁴ Por ello, la determinación o elección interpretativa no debe entenderse como un acto arbitrario, por ser una actuación constitucionalmente autorizada (ejercicio de potestad jurisdiccio-

²⁰ Tesis P./J. 10/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. II, julio de 1995. p. 19. MULTAS FIJAS. LAS LEYES QUE LAS ESTABLECEN SON INCONSTITUCIONALES.

²¹ Tesis: P./J. 28/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, octubre de 1995, t. II, p. 5. CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL.

²² Tesis P./J. 43/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, mayo de 1999, t. IX, p. 5. SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL.

²³ Tesis P./J. 14/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, febrero de 2002, t. XV, p. 588. DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES.

²⁴ Ferrajoli, Luigi *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 9-17 y 287-381.

nal) y por encontrarse limitada por las reglas y principios que condicionan dicha actividad y que vinculan al operador jurisdiccional.²⁵ Esta última línea de pensamiento, no sin dificultades, se ha reconocido por la SCJN en algunos criterios.²⁶

²⁵ Ese condicionamiento sistemático de la actuación judicial genera que, en muchos casos, la actividad integradora de los jueces se proyecte en menor medida, en razón a que tales reglas y principios, junto con el enunciado normativo aplicable al caso, pueden dejar al juez un menor margen de libertad configuradora o, incluso, una dirección interpretativa más determinable.

²⁶ INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la norma fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente (tesis P. XII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 25).

JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta “conformación o integración judicial” no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse no viola el principio de irretroactividad consagrado en el artículo 14 constitucional, tesis: P./J. 145/2000, Se-

Desde esa línea de pensamiento se ha establecido que la aplicación judicial del derecho ha dejado de ser una actividad exclusivamente silogística y torna en un razonamiento argumentativo y justificativo, de tal manera que debe concebirse como una actividad de argumentación racional que expresa un compromiso entre la previsibilidad de las decisiones y el cumplimiento de los principios y valores consagrados en la Constitución.

III. LA IMPORTANCIA DE LA EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Si se reconoce que la función interpretativa de la SCJN aporta algo nuevo al ordenamiento jurídico, debe establecerse que sólo la fusión de la aportación jurisdiccional y el concepto abstracto materia de interpretación constituirán, en un tiempo específico y estable, el alcance y definición de la norma respectiva: de ahí la necesidad de reconocer eficacia normativa a la jurisprudencia de la SCJN. En efecto, es a través de la jurisprudencia como los contenidos constitucionales adquieren eficacia, al obtener un sentido más concreto y la capacidad para ser aplicados de manera adecuada y en sus correctos alcances.

Siguiendo los ejemplos del apartado anterior, si se niega eficacia a la jurisprudencia constitucional, los trabajadores no podrían formar más de un sindicato, si se toma en cuenta que dicha determinación no se desprende expresamente, *con todas sus letras*, de una aproximación textual de la norma básica, por lo que, en todo caso, ello sería posible sólo si dicha pretensión fuera confirmada a través de una sentencia de amparo, después de un largo proceso jurisdiccional costoso para los trabajadores respectivos. En tal sentido, a partir de la intervención de la SCJN en la definición de las normas constitucionales abstractas, puede hablarse de una reordenación normativa que hará posible, por ejemplo, que los particulares invoquen el derecho a que no se prevean ni se les apliquen *multas fiscales fijas* (aun cuando la Constitución prohíbe expresamente, en general, las *multas excesivas*).

El juez particulariza derecho previo, pero en esa función aporta, y no puede dejar de hacerlo, una visión novedosa del ordenamiento jurídico, que no es, como ya se dijo, de libre creación del derecho, pero que signifi-

ca necesariamente un elemento innovador.²⁷ A partir de esa línea de pensamiento, en gran medida, el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal deriva de los fines a que está destinado a cumplir el derecho, porque en todo caso el orden jurídico debe satisfacer las necesidades de previsibilidad, estabilidad,²⁸ uniformidad (igualdad), seguridad y certidumbre jurídica²⁹ e imparcialidad³⁰ en la aplicación del derecho. De algún modo, todo ese fundamento condujo al Constituyente a atribuir a la SCJN el carácter de máximo intérprete del sistema jurídico y, posteriormente, al poder revisor, a incorporar en el texto básico la figura de la jurisprudencia, a través de la reforma constitucional de 19 de febrero de 1951. En la exposición de motivos de esa reforma constitucional y en el dictamen de la Cámara revisora, al abordarse el tema de la inamovilidad de los Ministros, se reconoció una importante eficacia a la jurisprudencia constitucional:³¹ en dichos

²⁷ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 224.

²⁸ Neuborne, Burt, "The Binding Quality of Supreme Court Precedent", *Tulane Law Review*, vol. 61, núm. 5, abril de 1987, pp. 994 y 995; Lee, Rex E., "The Provinces of Constitutional Interpretation", *ibidem*, p. 1014; Tushnet, Mark, "The Supreme Court, the Supreme Law of the Land, and Attorney General Meese: A Comment", *ibidem*, p. 1024.

²⁹ Bergman, Jed I., "Putting Precedent in its Place: Stare Decisis and Federal Predictions of State Law", *Columbia Law Review*, vol. 96, mayo de 1996, núm. 4, p. 984. Con respecto a nuestro ordenamiento jurídico, Lucio Cabrera ha señalado: "...No nos parece que la creación de la jurisprudencia... se haya debido especialmente a la influencia del sistema legal norteamericano, sino que fue, sobre todo, resultado de las condiciones propias de nuestro medio, en el cual dichas resoluciones gozaban de mucho más prestigio e influencia que las emitidas por los tribunales comunes; se necesitaba —además— que en todos los rincones del país hubiera mayor certidumbre y seguridad jurídicas en cuanto a las decisiones dictadas por los tribunales federales...". Cabrera, Lucio, *El Poder Judicial federal mexicano y el Constituyente de 1917*, México, UNAM, 1968, p. 148. Por su parte, Carlos de Silva indica que el principio de seguridad jurídica es lo que justifica el otorgamiento, a órganos judiciales, de facultades materialmente legislativas que se ejercen mediante el establecimiento de la jurisprudencia obligatoria. Silva, Carlos de, *La jurisprudencia, interpretación ..., op. cit.*, nota 9.

³⁰ A través de un cierto valor vinculante, en sentido horizontal, de la jurisprudencia, para el propio tribunal que la emite, se evita parcialidad.

³¹ "...La naturaleza de dicho Poder, las delicadas funciones constitucionales que le están encomendadas, su calidad de intérprete supremo de la Constitución y su trascendental misión de control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, impone el más profundo respeto a las investiduras en el orden federal... La iniciativa encarga a la Suprema Corte, como parte de sus funciones constitucionales, la de declarar cuál de las tesis sustentadas es la que debe prevalecer, y, aun cuando esta declaración será sólo

antecedentes se señaló clara y expresamente el atributo de obligatoriedad de la jurisprudencia *igualmente que a los mandatos legales*. Esas razones dieron origen a la fracción XIII del artículo 107 constitucional,³² que posteriormente fue trasladado al actual párrafo octavo del artículo 94 constitucional, lo que pone en evidencia, que la propia Constitución es el que atribuye directamente una importante *eficacia normativa* a la jurisprudencia de la SCJN.³³

IV. TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Del examen detenido de los criterios vigentes de la SCJN sobre la eficacia de la jurisprudencia constitucional es posible apreciar una tendencia evolutiva (no exenta de oscilaciones), principalmente en cuatro temas íntimamente relacionados: 1) fundamento de la eficacia de la jurisprudencia; 2) tratamiento procesal de la eficacia de la jurisprudencia para los tribunales contencioso administrativos y los tribunales del Poder Judicial

para los efectos de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en los juicios en que fueron pronunciadas, tiene, para los subsiguientes casos análogos, la obligatoriedad que a la jurisprudencia otorga el propio precepto constitucional... Estimamos pertinente la inclusión de esta norma en la Constitución, por ser fuente del derecho la jurisprudencia, lo cual explica el carácter de obligatoriedad que le corresponde igualmente que a los mandatos legales debiendo ser por ello acatada tanto por la Suprema Corte de Justicia, como por las salas de ésta y los otros tribunales de aquel Poder... No sólo existe un vivo interés de carácter general en el debido acatamiento de la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte, cuya violación va implícita en cualquier acto de autoridad fundado en una ley declarada Inconstitucional con antelación; no sólo están positivamente interesados la sociedad y el Estado en que las leyes que no se ajustan al espíritu o a los términos de nuestro código fundamental dejen de aplicarse...”.

³² “Artículo 107... XIII. La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación...”.

³³ Véase la tesis 2a. CV/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, agosto de 2000, t. XII, p. 364. JURISPRUDENCIA. LA OBLIGATORIEDAD CONSTITUCIONAL DE LA SUSTENTADA POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EXIGE DE LOS JUZGADORES ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO PERMANENTES DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS QUE LA DIFUNDEN. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el párrafo octavo de su artículo 94, la obligatoriedad de la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación y remite a la ley la determinación de los términos de dicha obligatoriedad, lo que se regula...”.

de la Federación; 3) alcance de la eficacia de la jurisprudencia constitucional en relación con las autoridades administrativas y los tribunales del país, y 4) eficacia temporal de la jurisprudencia constitucional.

1. *Fundamento de la eficacia de la jurisprudencia constitucional*

El tema relativo al fundamento de la eficacia de la jurisprudencia de la SCJN se ha movido entre una *aproximación legal* y una *aproximación constitucional*. En algunas tesis, la SCJN ha sustentado el valor vinculante de la jurisprudencia *principalmente* en el artículo 192 de la Ley de Amparo.³⁴ Ese entendimiento inicial constituye lo que puede denominarse *aproximación legal* del fundamento de la eficacia de la jurisprudencia constitucional. En tal sentido, la SCJN ha llegado a establecer que las autoridades administrativas pueden abstenerse de observar la jurisprudencia constitucional, sin que ello implique violación a las garantías de fundamentación y motivación.³⁵

³⁴ Como se sabe, dicho precepto establece que la jurisprudencia de la SCJN vincula a todos los tribunales del país (guardando silencio con respecto a las autoridades administrativas y el legislador).

³⁵ Puede desprenderse, por ejemplo, de una de las partes que componen el siguiente criterio: tesis 2a./J. 38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, mayo de 2002, t. XV, p. 175. JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS. La obligación de las autoridades administrativas de fundar y motivar sus actos consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como en expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables y no, en citar también la jurisprudencia respectiva, esto es, la obligación de fundar los actos en la ley, no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, dado que la jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo, es decir, la jurisprudencia no es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías, por lo que resulta erróneo sostener que los actos de las autoridades administrativas sean violatorios del artículo 16 constitucional por no apoyarse en la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, habida cuenta que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo, establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales.

En nuestra opinión, tal criterio ha ido paulatinamente matizándose, encontrando su verdadero sentido y alcance, a partir del establecimiento de otras tesis posteriores. Esas nuevas tesis han generado un cambio o, cuando menos, un fundamento reforzado de la eficacia de la jurisprudencia del máximo Tribunal, sustentado principalmente en el principio de supremacía constitucional, que ha dado lugar a lo que puede denominarse *aproximación constitucional* del fundamento de la eficacia de la jurisprudencia constitucional, que tiende a subrayar que su observancia guarda relación estrecha con el cumplimiento de la propia Constitución.³⁶ Esta nueva *aproximación constitucional* ha generado que la *aproximación legal* sobre el valor vinculante de la jurisprudencia sea insuficiente, cuando menos, para explicar toda la virtualidad de los efectos de la jurisprudencia constitucional. La *aproximación constitucional* del fundamento de la eficacia de la jurisprudencia constitucional adoptada por la SCJN tiende a que no subsistan los actos impugnados ante ningún tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente inconstitucionales por la Corte —*para hacer prevalecer la Constitución*— porque tales actos se encuentran jurídicamente injustificados (y son, en consecuencia, ilegales).

2. *Tratamiento procesal de la eficacia de la jurisprudencia para los tribunales contencioso administrativos y los tribunales del Poder Judicial de la Federación*

El tratamiento procesal de la jurisprudencia constitucional frente a los órganos jurisdiccionales ha tenido especial atención por parte del alto tribunal tratándose de tribunales contencioso administrativos, así como de órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación en materia de amparo; en este último caso a propósito de los alcances de la figura de

³⁶ Así se desprende, entre otros, de los siguientes importantes criterios: tesis P./J. 38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, agosto de 2002, t. XVI, p. 5. JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. Tesis 2a./J. 101/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, septiembre de 2005, t. XXII, p. 522. SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE TRATÁNDOSE DE LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES POR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. ES OBLIGATORIA EN EL AMPARO, A FIN DE HACER PREVALECER LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMO LEY SUPREMA.

la suplencia de la queja. En términos muy generales, a partir de la *aproximación constitucional* del fundamento de la eficacia de la jurisprudencia de la SCJN, se han construido criterios interpretativos tendentes a privilegiar, *en cierta medida*, la aplicación de la jurisprudencia respecto de cuestiones de procedencia que se ha considerado injustificado oponer, así como frente a tecnicismos procedimentales que se tornan irrelevantes, en relación con la supremacía constitucional que se persigue.

Es cierto que la SCJN ha partido de la base consistente en que la existencia de una jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes es insuficiente para soslayar cuestiones de procedencia del juicio de amparo.³⁷ Sin embargo, en el sentido de la tendencia apuntada (*privilegiar eficacia de la jurisprudencia constitucional frente a tecnicismos procedimentales irrelevantes*), la Segunda Sala de la SCJN ha dejado claro que el trámite y la resolución de los juicios de amparo contra la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales por jurisprudencia de ese Tribunal deben despojarse de obstáculos que impidan que sea un eficaz medio de control de la constitucionalidad.³⁸

A partir de esas premisas, la Segunda Sala de la SCJN llegó a establecer, *en un primer momento*, que es posible cuestionar la inconstitucionalidad del acto de subsunción de una norma legal declarada jurisdic-

³⁷ Tesis P./J. 7/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 7. SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. NO IMPLICA SOSLAYAR CUESTIONES DE PROCEDENCIA DEL JUICIO DE GARANTÍAS.

³⁸ AMPARO DIRECTO EN QUE SE ADUCE LA APLICACIÓN DE LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES POR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Por la importancia que reviste dentro del sistema jurídico mexicano el control de la constitucionalidad de la leyes encomendado a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la función sustancial que realice debe estar dirigida a hacer eficaz la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Constitución Federal de la República; para ese fin, el trámite y la resolución del amparo directo contra la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deben despojarse de tecnicismos y cuestiones de cualquier índole que impidan sea un eficaz medio de control de la constitucionalidad, de modo tal que la función judicial habrá de estar orientada a superar aquellos factores o situaciones que incidan en la consecución de ese propósito, porque anular su eficacia iría en detrimento del principio de supremacía constitucional, de ahí que ninguna cuestión pueda prevalecer sobre la jurisprudencia y menos aún justificar su inobservancia (tesis 2a. XXXV/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, junio de 2004, t. XIX, p. 384).

cialmente contraria al texto básico (tanto en amparo indirecto como en directo) pese a que exista consentimiento de la norma secundaria, es decir, sin que obste que se trate del segundo o ulteriores actos de aplicación de la ley, lo que, sin embargo, se ha revertido recientemente.³⁹ Al respecto, no debe descartarse la intervención próxima del pleno para resolver dicho problema, tomando en cuenta que, al parecer, *contrariamente a la reversión de la Segunda Sala antes destacada*, el alto tribunal ya había determinado *jurisprudencialmente* que las autoridades que conozcan del juicio de garantías, *tanto en amparo indirecto como en directo y sin excepción alguna*, deben suplir la queja deficiente cuando el acto reclamado se funde en una ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la SCJN.⁴⁰

Continuando con esa dirección interpretativa, el máximo tribunal ha establecido un alcance restringido a diversas causales de improcedencia que se han solido invocar tratándose de la impugnación de actos de subsunción

³⁹ Tesis P./J. 8/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 9. SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. OPERA SIN QUE OBSTE QUE SE TRATE DEL SEGUNDO O ULTERIORES ACTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY. Las dificultades de este criterio radican en que la Segunda Sala, mayoritariamente, ha establecido la siguiente tesis, en algún punto contradictoria de la antes citada: tesis 2a./J. 83/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, agosto de 2002, t. XVI, p. 240. AMPARO DIRECTO. SON INOPERANTES LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INVOCADOS EN CONTRA DE LA NORMA TRIBUTARIA APLICADA EN LA SENTENCIA RECLAMADA, SI AQUÉLLA FUE CONSENTIDA AL PAGARSE EL IMPUESTO SIN HACER VALER LOS MEDIOS DE DEFENSA PROCEDENTES. Habrá que esperar a que se resuelva dicha contradicción, quizá, nuevamente por el Pleno del alto tribunal.

⁴⁰ SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. ES APLICABLE EN AMPAROS DIRECTO E INDIRECTO, EN PRIMERA INSTANCIA O EN REVISIÓN. El citado precepto establece que las autoridades que conozcan del juicio de garantías deben suplir la queja deficiente cuando el acto reclamado se funde en una ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin expresar que opere sólo en cierto tipo de amparos, por lo que es dable interpretar que dicho beneficio procesal resulta aplicable en los juicios de amparo directo y en los indirectos, en primera instancia o en revisión, tal como se sostuvo en la exposición de motivos del proceso legislativo que culminó con la reforma del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de febrero de 1951 (tesis P./J. 6/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 7).

de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales. De esa forma, la SCJN ha establecido que procede aplicar la suplencia de la deficiencia de la queja si el acto reclamado se funda en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Corte, aunque en la demanda no se hayan reclamado dichas leyes, ni señalado como autoridades responsables a los órganos legislativos correspondientes o denunciado algún vicio de constitucionalidad de la norma en que se apoya o sustenta el acto y, asimismo, aun ante la ausencia de conceptos de violación o agravios.⁴¹ Además, la SCJN ha establecido, en principio, que la suplencia de la queja tratándose de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales es amplia, puesto que el criterio de inconstitucionalidad respectivo puede tener aplicación a casos similares a los que motivaron su emisión.⁴²

⁴¹ Tesis P./J. 4/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 8. SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. OPERA, AUNQUE NO SE HAYA PLANTEADO EN LA DEMANDA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. Tesis P./J. 5/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 9. SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. SE SURTE AUN ANTE LA AUSENCIA DE CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS.

⁴² SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY PUEDE TENER APLICACIÓN A CASOS SIMILARES A LOS QUE MOTIVARON SU EMISIÓN, SIN QUE ELLO IMPLIQUE DARLE EFECTOS GENERALES. La suplencia prevista en la fracción I del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, se refiere a los conceptos de violación y a las omisiones en que incurra el quejoso al promover su demanda de garantías contra actos fundados en una ley inconstitucional. Ese tipo de suplencia implica que la jurisprudencia por la que se declara inconstitucional una ley o norma general pueda tener aplicación a casos similares a los que motivaron su emisión, aun cuando no se haya invocado por el quejoso, en atención al mandato contenido en el precepto legal citado y a la observancia obligatoria determinada en el artículo 192 de la propia ley, sin que tal actuación signifique dar efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, dado que sólo producirá su inaplicación a los casos concretos que se controviertan (Tesis 2a./J. 64/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, junio de 2005, t. XXI, p. 184). Este criterio será motivo de nuevos pronunciamientos por causa de la contradicción de tesis 66/2006-ss (pendiente de ser resuelta en el momento en que fue entregado el presente estudio). En dicho asunto se plantea determinar, en primer término, la manera cómo debe operar el juez constitucional con respecto a la figura de la suplencia de la queja tratándose de jurisprudencia temática y/o jurisprudencia específica sobre la inconstitucionalidad de una ley diversa a la materia del caso sometido a su consideración. Y en segundo término, debe decidirse si el acto de aplicación de las leyes de ingresos para ciertos municipios vigentes para 2004 y 2005, consistente en el co-

Por lo que hace a los *tribunales ajenos al Poder Judicial de la Federación*, siguiendo esa misma línea interpretativa, proclive a la mayor eficacia posible de la jurisprudencia constitucional, se ha establecido que éstos deben observar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes del alto tribunal, sin analizar si el acto o resolución impugnados constituyen el primero o ulterior acto de aplicación del precepto legal que lo funda.⁴³ A ese respecto, debe puntualizarse que la SCJN ha dejado, de alguna manera claro, que esa importante eficacia de la jurisprudencia *no es fuente de nuevas atribuciones para los poderes públicos*. En tal sentido, la Segunda Sala de la SCJN, estableciendo una diferenciación entre órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación y tribunales ajenos a dicho poder, ha determinado que los tribunales contencioso administrativos no están facultados para aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes, al resolver sobre la legalidad de un acto fundado en una *diversa norma* a la que se ha declarado inconstitucional, con independencia de que esta sea sólo una reiteración aquélla, ya que se trata de un acto legislativo nuevo no examinado por el alto tribunal. De esa forma, debe quedar claro que, a diferencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, los tribunales ajenos a dicho poder carecen de facultades para aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes a casos análogos a los que motivaron su emisión, especialmente en atención al monopolio de los jueces constitucionales en relación con el control de constitucionalidad de las leyes.⁴⁴

bro de la contribución especial por el servicio de alumbrado público, entra dentro del ámbito de regulación del criterio jurisprudencial temático P./J. 6/88 y/o del criterio jurisprudencial específico 2a./J. 25/2004, con el objeto de determinar, de manera cierta, si en el estado de Guanajuato es o no legal el cobro de la contribución que amparan las leyes de esa índole, con el fin último de establecer o no el deber de suplir la deficiencia de la queja a cargo de los jueces constitucionales, en esa materia.

⁴³ Tesis P./J. 150/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, enero de 2006, t. XXIII, p. 5. JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DEBE APLICARLA CUANDO SEA PROCEDENTE, SIN ANALIZAR SI EL ACTO O RESOLUCIÓN IMPUGNADOS CONSTITUYEN EL PRIMERO O ULTERIOR ACTO DE APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL QUE LO FUNDA.

⁴⁴ JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA NO DEBE APLICARLA PARA RESOLVER SOBRE LA LEGALIDAD DE UN ACTO FUNDADO EN UNA DISPOSICIÓN DIVERSA A LA DECLARADA INCONSTITUCIONAL, AUN CUANDO REITERE SU CONTENIDO. El Tribunal

En términos muy generales, de lo antes expuesto es posible establecer que a partir del *fundamento constitucional* de la jurisprudencia de la SCJN se han ido construyendo criterios interpretativos tendentes a privilegiar, en cierta medida, la aplicación de la jurisprudencia constitucional frente a cuestiones de procedencia que se ha considerado injustificado oponer, así como frente a tecnicismos procedimentales irrelevantes a ese respecto, sin que dicha tendencia interpretativa haya llegado al extremo de atribuir a la eficacia de la jurisprudencia el carácter de fuente de nuevas atribuciones para los poderes públicos.

3. Alcance de la eficacia de la jurisprudencia constitucional en relación con las autoridades administrativas y tribunales del país

La jurisprudencia de la SCJN es el resultado de la actividad interpretativa que proyecta los contenidos concretos de las normas del ordenamiento jurídico en un momento histórico determinado. En tal sentido, el Pleno de la SCJN, al resolver la controversia constitucional 91/2003, en sesión del 23 de junio de 2005, estableció que:

Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no debe aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de un precepto declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver sobre la legalidad de un acto fundado en una diversa disposición a la que se declaró inconstitucional, con independencia de que aquélla sólo haya reiterado el contenido de esta última, ya que se trata de un nuevo acto legislativo no examinado por el alto tribunal, pues aceptar lo contrario, llevaría a que los tribunales ordinarios determinen, sin facultades para ello, que otra ley tiene los mismos vicios reconocidos explícitamente en la declarada inconstitucional por jurisprudencia, lo que contraviene el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes reservado a los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación y a la determinación última del máximo órgano jurisdiccional. Además, la aplicación analógica del criterio contenido en una tesis de jurisprudencia que hubiera determinado la inconstitucionalidad de cierta norma, ya no es lo que el propio alto tribunal ha definido como una cuestión en la que los tribunales administrativos se limitan a realizar un estudio de legalidad, relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque si un precepto no ha sido declarado específica y concretamente inconstitucional por aquella jurisprudencia, el análisis de otro precepto, aunque sea semejante, sólo lo pueden hacer los tribunales de control constitucional (tesis 2a./J. 54/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, mayo de 2005, t. XXI, p. 481).

...La jurisprudencia en los procesos de controversias constitucionales es de suma importancia, dado que proyecta el contenido concreto de las normas constitucionales sobre competencia, por lo que su valor vinculante descansa en la necesidad de que sean ciertos, previsibles, uniformes y estables, los límites de actuación de los poderes públicos, tanto en sus relaciones de coordinación, como en relación con los gobernados... por lo que presenta, en cierta medida, un importante valor aun para este órgano jurisdiccional (valor vinculante en un sentido horizontal) en razón de la necesidad de que sean ciertos y previsibles los límites de la actuación de los poderes públicos...

Asimismo, en el amparo directo en revisión 2029/2005, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN en sesión del 20 de enero de 2006, se reconocieron tales alcances, al establecerse que:

...En términos generales, la jurisprudencia de este alto tribunal es el resultado de la actividad interpretativa que proyecta los contenidos concretos de las normas del ordenamiento jurídico en un momento histórico determinado.

De conformidad con lo dispuesto en el octavo párrafo del artículo 94 constitucional, en relación con los artículos 192 de la Ley de Amparo y 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación... la jurisprudencia constitucional de este alto tribunal tiene eficacia normativa directa o inmediata en relación con todos los Tribunales del país, porque están legalmente obligados a su cumplimiento; y mediata o indirecta en relación con todas las autoridades, porque su falta de cumplimiento debe ser remediada por los Tribunales a través de la anulación de los actos respectivos...

En ese sentido, si bien en un primer momento se estableció en el criterio 2a./J. 38/2002⁴⁵ que las autoridades administrativas no están obligadas a aplicar la jurisprudencia constitucional al cumplir con la garantía de fundar y motivar sus actos, podría estimarse que en un criterio vinculante posterior se matizó dicha idea y se determinó que los tribunales contencioso administrativos deben declarar la nulidad (por razón de ilegalidad) de los

⁴⁵ Se hace referencia a la tesis 2a./J. 38/2002, *cit.*, nota 35, de rubro: JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS.

actos de individualización de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales por la SCJN.⁴⁶ Porque a partir de este último criterio los tribuna-

⁴⁶ JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tribunal jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta. Por otro lado la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la carta fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional una ley, de la misma manera que, guardada la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación (tesis P./J. 38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, agosto de 2002, t. XVI, p. 5).

JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. AUNQUE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL EMITIR SUS ACTOS, SÍ DEBEN CUMPLIR LAS SENTENCIAS EN LAS QUE, CON BASE EN AQUÉLLA, EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DECLARE SU NULIDAD. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa al estar obligado, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, a aplicar la jurisprudencia, aun la que declara la inconstitucionalidad de una ley, debe, con base en aquélla, decretar la nulidad de las resoluciones administrativas que se hayan fundado en una ley declarada inconstitucional, por constituir un vicio de legalidad contrario al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese caso, las autoridades administrativas deberán cumplimentar la sentencia dictada por el tribunal conforme a los lineamientos ahí establecidos, pues si bien es cierto que dichas autoridades al emitir sus actos, no están obligadas a acatar la ju-

les contencioso administrativos tienen la obligación de anular los actos de individualización de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales, es por lo que puede señalarse que las autoridades que apliquen una ley que presente tales vicios actuarán, en principio, de manera ilegal e injustificada, desde el punto de vista del derecho vigente. La jurisprudencia constitucional obliga directamente a todos los tribunales del país y, como consecuencia, llega a proyectarse y a condicionar en buena medida la actuación de las autoridades administrativas: finalmente, la interpretación del ordenamiento jurídico por parte de la SCJN termina por erigirse como la *interpretación válida del derecho* en un momento histórico determinado. Desde hace tiempo la SCJN ha partido de esas premisas:

INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Interpretar la ley es desentrañar su sentido y por ello la jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la de mayor importancia, que tiene fuerza obligatoria según lo determinan los artículos 193 y 193 bis de la Ley de Amparo reformada en vigor, según se trate de jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o a través de sus Salas. En síntesis: la jurisprudencia es la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley, debiendo acatarse, la que se encuentra vigente en el momento de aplicar aquella a los casos concretos, resulta absurdo pretender que en el período de validez de una cierta jurisprudencia se juzguen algunos casos con interpretaciones ya superados y modificados por ella que es la única aplicable. Sexta Época. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Parte, XLIX. p. 58. Genealogía: *Apéndice 1917-1985*, Segunda Parte, Primera Sala, primera tesis relacionada con la jurisprudencia 143, p. 290).

Con esa base, debe afirmarse que la jurisprudencia constitucional no es completamente irrelevante para efectos de la justificación de la actuación pública. Parte de la doctrina académica ha sostenido que la evolución del modelo de razonamiento jurídico explica actualmente el creciente interés por los precedentes jurisdiccionales. Se ha considerado, en ese sentido, que de acuerdo con el modelo denominado de aplicación legal y racional

jurisprudencia que haya declarado la inconstitucionalidad de una ley, por no preverlo así los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, también lo es que al dictar la resolución de cumplimiento no están acatando propiamente la jurisprudencia, ni se les está obligando a someterse a ella, sino a la sentencia del mencionado tribunal en que se aplicó (tesis 2a./J. 89/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, julio de 2004, t. XX, p. 281).

del derecho, la aplicación judicial del derecho ha dejado de ser una actividad exclusivamente silogística y torna en un razonamiento argumentativo y justificativo.⁴⁷

Especialmente a partir de la tendencia evolutiva que representa la *aproximación constitucional* del fundamento de la eficacia de la jurisprudencia, la obligación de las autoridades administrativas y de los tribunales del país, de fundar y motivar sus actos, en el sentido de citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, de expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y de realizar un juicio de adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, implicaría, también, una importante consideración del contenido de la jurisprudencia constitucional, si bien como elemento adicional, y no exclusivo ni determinante en todos los casos. Esa línea interpretativa no es novedosa, según se aprecia del siguiente criterio:

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, OBLIGATORIEDAD DE LA. Si una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fija la interpretación que debe darse a tal o cual precepto del Código Civil, después de someterlo a examen a la luz de la ley fundamental del país, análisis de la competencia constitucional de la Suprema Corte, en tales condiciones, y en esta forma indirecta, nace la obligación de las autoridades no consideradas en el artículo 193 de la Ley de Amparo, aun en los casos en que no se trate de aplicación de leyes federales, de interpretación de la Constitución o tratados internacionales, de acatar la jurisprudencia de este alto cuerpo. Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, XXV, p. 182).

Esa proyección de la eficacia de la jurisprudencia tiene desde luego límites.⁴⁸ En primer término, como lo informan algunos de los criterios que se han venido analizando, la eficacia de la jurisprudencia constitu-

⁴⁷ Wróblewski, Jerzy. *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992; Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT Press, 1996, Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

⁴⁸ De ahí que, como se ha señalado, no pueda sostenerse que haya quedado superada plenamente la tesis 2a./J. 38/2002, *cit.*, nota 35, de rubro: "JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS".

cional y su necesaria consideración por parte de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, *no es fuente de nuevas atribuciones de control constitucional*, pese a que sí sea relevante, en ocasiones, a efecto de justificar el ejercicio de la actuación pública. En segundo término, la eficacia de la jurisprudencia no implica que las autoridades administrativas, ni los órganos jurisdiccionales, hayan perdido completamente la capacidad decisoria de apartarse de algún criterio jurisprudencial por considerar que *no se encuentran dentro del marco que regula* o por estimar que existen razones suficientes que justifiquen una *distinción* del caso de su conocimiento respecto de la jurisprudencia correspondiente.⁴⁹

4. *Eficacia temporal de la jurisprudencia constitucional*

La SCJN ha emitido algunos interesantes criterios referentes, de una u otra forma, a la eficacia temporal de la jurisprudencia constitucional. Al respecto, el máximo tribunal del país ha dejado claro que, en materia fiscal, la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes no debe beneficiar retroactivamente al contribuyente durante el tiempo en que éste haya consentido la aplicación de los tributos respectivos.⁵⁰ Por su parte, en

⁴⁹ Tesis 2a. XXV/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, marzo de 1999, t. IX, p. 316. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. LA OBLIGATORIEDAD DE SU APLICACIÓN, AUN EN SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA, ESTÁ SUJETA A QUE EN EL CASO CONCRETO SEA PROCEDENTE SU APLICACIÓN.

⁵⁰ DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS. PROCEDE CUANDO LA SOLICITUD RESPECTIVA SE REALIZA CON MOTIVO DE LA RESPUESTA A UNA CONSULTA FISCAL EMITIDA EN CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA QUE DETERMINÓ QUE UNA NORMA NO ES APLICABLE POR EXISTIR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARA SU INCONSTITUCIONALIDAD, PERO SÓLO RESPECTO DE LOS PAGOS EFECTUADOS CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE TAL CONSULTA. Cuando el particular solicita la devolución de impuestos fundada en la respuesta emitida por la autoridad fiscal a una consulta en la que se determinó la no aplicación de la norma que prevé el impuesto relativo, por haber sido declarada inconstitucional por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respuesta que se emitió en cumplimiento de una sentencia dictada en el juicio de nulidad por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en ese sentido, la mencionada devolución sólo procederá respecto de los pagos efectuados con posterioridad a la presentación de la consulta, en virtud de que es cuando se obtiene el

materia penal, la SCJN ha establecido que la autoridad jurisdiccional de amparo debe tomar en cuenta el texto vigente de la Constitución federal al momento de resolver la cuestión planteada, de manera que cuando se está ante una reforma constitucional que altera el contenido de normas generales que no se han ajustado a ésta, dichas normas deben considerarse inconstitucionales a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional de que se trate. En ese sentido, la SCJN ha establecido que ese supuesto se actualiza respecto de todas las normas penales de los códigos punitivos de las entidades federativas que, en materia de la edad penal mínima, no han ajustado su contenido normativo al artículo 18 de la Constitución en vigor desde el 12 de marzo de 2006, pues a partir de esta fecha, el texto constitucional estableció una garantía individual en favor de cualquier persona que, siendo menor de dieciocho años, hubiera desplegado una conducta considerada como delito y, en consecuencia, *hubiera sido indiciado, procesado, sentenciado o condenado a una sanción penal*.⁵¹ Pero la eficacia de la jurisprudencia constitucional no sólo ha llegado a incidir sobre la ejecución de una sentencia penal (como en el caso antes descrito), sino que ha llegado a modificar sentencias firmes, con efectos de cosa juzgada. Es el caso del incidente de inejecución de sentencia 137/2006 resuelto por el Pleno de la SCJN el 13 de noviembre de 2006. En dicho asunto, en la fase en que únicamente se trataba de verificar el cumplimiento de una *sentencia firme* emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, la Corte modificó el contenido de dicha decisión, al establecer que los efectos de la protección constitucional otorgada por

beneficio de la aplicación de la jurisprudencia a favor del contribuyente y, por ende, que los enteros relativos deben considerarse como pago de lo indebido, lo que no sucede con los pagos efectuados con anterioridad, pues éstos fueron realizados en cumplimiento a una disposición de observancia obligatoria, al estar vigente y gozar de plena eficacia jurídica en el momento de realizarse el pago, en tanto no fue controvertida mediante amparo indirecto, y porque en términos del artículo 22 del Código Fiscal de la Federación no se actualiza el error de hecho o de derecho que condicione su devolución, tesis 2a./J. 6/2005, jurisprudencia en materia administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, febrero de 2005, t. XXI, p. 314).

⁵¹ EDAD PENAL MÍNIMA. EFECTOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE DICIEMBRE DE 2005 (tesis CLVI/2006, amparo directo en revisión 935/2006, 23 de agosto de 2006, cinco votos, ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretario: Roberto Lara Chagoyán).

el tribunal debían restringirse de acuerdo a lo establecido en una jurisprudencia constitucional de la SCJN.⁵²

⁵² La juez de distrito, en la sentencia constitucional de 4 de mayo de 2004, terminada de engrosar el 31 siguiente, otorgó a la quejosa el amparo y protección de la justicia federal, pues estableció que el artículo 149, fracción II, del Código Financiero del Distrito Federal publicado en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal el 26 de diciembre de 2003, es violatorio de las garantías de proporcionalidad y equidad tributarias. La juez federal precisó que la inconstitucionalidad decretada no tenía el alcance de liberar a la parte quejosa de la obligación de enterar el impuesto predial, sino sólo de que al hacerlo no incluyera el factor 10.0 y le otorgó el amparo para efecto de que "...sea devuelta a la parte quejosa la cantidad excedente que enteró en razón de la aplicación del factor 10.0 para determinar la base gravable del impuesto predial, que ampara el recibo oficial de la Tesorería del Gobierno del Distrito Federal de fecha veintiséis de febrero de dos mil cuatro, correspondiente a la cuenta 05425608000, por concepto de pago de ese impuesto; y en lo futuro no se vuelva aplicar a la parte quejosa, el factor establecido en el ordenamiento descrito". El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la ejecutoria del 17 de agosto de 2004, pronunciada en el amparo en revisión R. A. 278/2004-3673, corrigió de oficio los efectos del amparo concedido por la a quo y precisó que éstos consisten en "...que en lo futuro no se vuelvan aplicar los dispositivos reclamados en perjuicio de la quejosa y se le devuelvan las cantidades que enteró en razón de su aplicación, derivado del pago del impuesto predial con fecha veintiséis de febrero de dos mil cuatro". El Pleno de la SCJN modificó los alcances de la ejecutoria de garantías, con apoyo en la jurisprudencia número 2a./J. 47/98 de la Segunda Sala, de rubro. "Tesis 2a./J. 47/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, julio de 1998, t. VIII, p. 146. SENTENCIAS DE AMPARO. PARA LOGRAR SU EFICAZ CUMPLIMIENTO, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA TIENE FACULTADES PARA PRECISAR SU ALCANCE, SEÑALAR LAS AUTORIDADES VINCULADAS A CUMPLIRLAS Y LA MEDIDA EN QUE CADA UNA DE ELLAS DEBE PARTICIPAR". Para este fin, indicó que tratándose de la inconstitucionalidad del factor 10.0, previsto en la fracción II, del artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal, este Tribunal Pleno estableció la jurisprudencia número P./J. 23/2004, del rubro siguiente: "Tesis P./J. 23/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, abril de 2004, t. XIX, p. 112. PREDIAL. EL ARTÍCULO 149, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, EN VIGOR A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2002, AL INCLUIR EL FACTOR 10.00 EN EL CÁLCULO DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO RELATIVO, RESPECTO DE INMUEBLES QUE SE OTORGAN EN USO O GOCE TEMPORAL, INCLUSIVE PARA LA INSTALACIÓN O FIJACIÓN DE ANUNCIOS O CUALQUIER OTRO TIPO DE PUBLICIDAD, TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS... No obstante, la inconstitucionalidad de dicho factor no implica que este tipo de contribuyentes dejen de enterar el impuesto relativo, sino sólo que deberán calcular el valor catastral de los inmuebles otorgados en arrendamiento en términos de lo dispuesto por la fracción II del artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal, sin incluir el referido factor 10.00 y pagar el tributo conforme al valor más alto que resulte entre el así determinado y el previsto en la fracción I del propio artículo". A ese respecto, la Corte consideró

V. CONCLUSIÓN

En términos generales, de todo lo expuesto, se advierte que el fundamento constitucional de la eficacia de la jurisprudencia ha generado el principio procesal de apartamiento de tecnicismos y obstáculos procedimentales que impidan, de modo injustificado, el despliegue pleno del impacto de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico, así como una cierta tendencia en el sentido de evitar, en amplio grado, la subsistencia de actos de aplicación de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales, en función de garantizar la fuerza normativa de la Constitución y el principio de supremacía constitucional. En lo particular, de los criterios antes transcritos es posible apreciar que existe una especie de graduación de la eficacia de la jurisprudencia, motivada por distintos factores, que va presentando una variada intensidad según se trate de autoridades administrativas, tribunales contencioso administrativos,

que: “Como se advierte de esta jurisprudencia plenaria obligatoria tanto para el juez de distrito como para el Tribunal Colegiado de Circuito, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, la inconstitucionalidad del factor 10.0, previsto en la fracción II, del artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal, no implica que el contribuyente deje de enterar el impuesto relativo, sino sólo que deberá calcular el valor catastral de los inmuebles otorgados en arrendamiento sin incluir el referido factor y pagar el tributo conforme al valor más alto que resulte entre el así determinado y el previsto en la fracción I del propio artículo. Luego, el amparo no puede tener el efecto de desincorporar de la esfera jurídica de la quejosa la obligación de pagar el impuesto predial, sino sólo aquella parte declarada inconstitucional, o sea el referido factor 10.0. Estas consecuencias perduran mientras los preceptos reclamados no sean reformados. Lo anterior, porque ha sido criterio de este alto tribunal, que si los preceptos declarados inconstitucionales son motivo de una reforma legal, se estará en presencia de nuevos actos, los cuales ya no se registrarán por la eficacia protectora de sentencia de amparo, en virtud de que serán una manifestación de la voluntad del órgano legislativo distinta a los numerales originalmente reclamados y en contra de los cuales, procederá un nuevo juicio de garantías, pues la tutela sólo se extiende al quejoso mientras el texto reclamado no sea reformado o sustituido por otro... Conforme a lo anterior, los efectos del amparo, consisten en lo siguiente: Que en el futuro no se apliquen a la quejosa los artículos 149, fracción II y 152, fracción I, del Código Financiero del Distrito Federal, mientras no sean reformados. Que se le devuelvan aquellas cantidades enteradas que resulten de la aplicación del factor 10.0 previsto en la fracción II del artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal. Que calcule el valor catastral de los inmuebles otorgados en arrendamiento, en términos de la fracción II del artículo 149 del Código Financiero del Distrito Federal, sin incluir el referido factor 10.0 y pague el tributo conforme al valor más alto que resulte entre el así determinado y el previsto en la fracción I del propio artículo 149”.

jueces constitucionales del Poder Judicial de la Federación y del legislador democrático. Esto es así, porque tratándose de las autoridades administrativas, como se ha visto, la eficacia de la jurisprudencia es meramente indirecta, que sólo las debe conducir a considerar, en algún grado, el contenido de los criterios del tribunal cuando ello sea relevante para la legalidad de su actuación, cuando menos con el fin práctico (si se quiere) de evitar su posterior y potencial anulabilidad por los tribunales competentes, en sus respectivos casos. Asimismo, tratándose de los tribunales ajenos al Poder Judicial de la Federación, como los tribunales contencioso administrativos, la jurisprudencia constitucional presenta una mayor eficiencia, ya que tienen el deber de considerarla en sus sentencias y de anular los actos de individualización de las leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales por parte de la SCJN, sin que deban analizar si el acto o resolución impugnados constituye el primero o ulterior acto de aplicación del precepto legal. No obstante, la capacidad de la jurisprudencia constitucional no es fuente de nuevas atribuciones, por lo que, como se ha dicho, los tribunales contencioso administrativos carecen de facultades para aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes a casos análogos a los que motivaron su emisión, en atención al monopolio de los jueces constitucionales en relación con el control de constitucionalidad de las leyes. Por su parte, tratándose de jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación, la eficacia de la jurisprudencia tiende a presentar una mayor influencia, por diversos factores, de tal manera que, por disposición legal, llega inclusive a imponer deberes amplios de suplencia de queja que, a diferencia del caso de los tribunales contencioso administrativos, tiene incluso el alcance de autorizar al órgano jurisdiccional, en principio, a aplicar la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley a casos similares a los que motivaron su emisión, además de conducir a una prudente interpretación restringida de las causas de improcedencia del juicio de amparo, según ha quedado expuesto. Finalmente, pensamos que el legislador democrático debe también considerar la definición de la Constitución por parte de la SCJN a través de su jurisprudencia, a fin de que no emita normas legales que, de entrada, chocan con alguna disposición constitucional, entendida en sus correctos alcances.

Sin negar que todavía queda mucho camino que recorrer, lo cierto es que la SCJN cada vez es más sensible respecto al valor que debe reconocer

a su jurisprudencia constitucional.⁵³ Esto es importante, porque en la medida en que su labor comience a centrarse en la definición creativa, *con eficacia general*, del contenido de la Constitución, podrá hablarse de su verdadera transformación como tribunal constitucional.⁵⁴ Creemos que la paulatina consolidación de la SCJN como tribunal de esa índole ha empezado a gestarse a partir de dos situaciones: por un lado, a partir del acompañado reconocimiento de efectos generales a la jurisprudencia constitucional y, por otro lado, a partir del reconocimiento de la necesidad de que sean definidos (actividad creativa), con la mayor claridad posible, los contenidos de las normas constitucionales (garantías individuales, garantías institucionales, normas competenciales, principios estructurales básicos, etcétera), para que sean visibles los límites de la actuación pública. Al respecto, pueden servir de ejemplo las deliberaciones públicas (9 y 11 de mayo de 2006) llevadas a cabo a propósito de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 25/2004.⁵⁵ En dichas sesiones, al momento de discutir el proyecto de sentencia en la parte que trataba de dilucidar las relaciones entre el derecho a la información y el derecho a la vida privada, se llegó a someter a votación si era o no necesario establecer una *definición aproximada* de esos bienes constitucionales, a fin de estar en posibilidad de resolver el problema de colisión entre tales derechos formulado por una de las partes. La votación final fue de 5 votos contra 4, en el sentido de que sí debía definirse, de modo aproximado, el sentido de tales derechos fundamentales, para su conocimiento público y así estar en posibilidades de re-

⁵³ Al respecto, está pendiente, cuando menos, revisar la posibilidad de combatir la ley y/o su acto de aplicación cuando ha sido declarada jurisprudencialmente inconstitucional *pese al consentimiento previo de la norma respectiva*, pues una cosa es estimar que aquel gobernado que ha consentido la aplicación de una ley válida no pueda en una segunda oportunidad cuestionar su constitucionalidad y otra muy distinta es que se orille a una persona a “consentir” la indefinida aplicación de una ley inválida.

⁵⁴ Véase Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Reino Unido, Oxford University Press, 2000.

⁵⁵ Acción de Inconstitucionalidad 25/2004, promovida por el procurador general de la República en contra del Congreso y del gobernador del Estado de Nuevo León, demandando la invalidez del Decreto número 108, publicado en el *Periódico Oficial* estatal el 14 de julio de 2004, por el que se adicionaron la fracción VII del artículo 10 y los artículos 11 bis y 13, segundo párrafo, de la Ley de Acceso a la Información Pública; se reformaron y adicionaron los artículos 39, del Código de Procedimientos Civiles, 29, del Código de Procedimientos Penales y 22, fracción V, de la Ley de Justicia Administrativa, todos del estado de Nuevo León.

solver el problema de constitucionalidad planteado. Para ello, se señalaron, entre otros, los siguientes argumentos jurídicos:

Ministro José Ramón Cossío Díaz:

...lo mismo acontece con el resto de los preceptos constitucionales; cuando uno lee, nadie podrá ser molestado, pues que quiere decir molestado, cuando se dice que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, pues es lo mismo, y ha sido un proceso de aproximación sucesiva... reflejado en sentencias... sobre cómo se puede determinar el derecho a la privacidad o la información... nosotros ejercemos en este órgano un control de regularidad constitucional, yo no entiendo como se puede ejercer control de regularidad constitucional, si no se ha establecido aquello contra lo cual se va a contrastar la norma que está siendo impugnada...

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo: “Con qué base, con qué fundamento voy a emitir un voto si no parto de lo que en mi entender, la Constitución establece por vida privada...”.

Ministro Silva Meza:

...Esto hace imprescindible definir cuando menos como primer acercamiento, el contenido de los derechos en conflicto, esta es tarea de todo Tribunal Constitucional, para generar criterios generales de validez, a partir de la asignación de contenido de las normas constitucionales que se encuentran en abstracto, es decir, concretar el contenido de la Constitución; para ello, es necesario profundizar y definir como quehacer cotidiano del Tribunal Constitucional, si no se definen los contenidos constitucionales, antes de confrontar las normas que se estiman en conflicto, se corre el riesgo de esconder los fundamentos de la conclusión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, se convertiría en un decisionismo judicial, unilateral sin motivación. Cuatro. Es importantísimo, predefinir de manera aproximada, el contenido de los derechos fundamentales para que los gobernados sepan qué derechos tienen, en principio, sin perjuicio de que sucesivamente, mediante casos concretos... se vayan definiendo con más detalle y amplitud su contenido... aquí, como se ha dicho, si no sabemos cuál es el contenido de el derecho de acceso a la información, si no sabemos cuál es el estadio de la etapa jurisdiccional en esta situación, qué es derecho a la privacidad, qué es derecho a la vida privada, de la extensión de todos ellos, si no tenemos el planteamiento concreto, no los podremos aterrizar con certeza.

Ministro Cossío Díaz: “...cuando la Suprema Corte habla, no lo hace sólo para las partes en el proceso sino para el país entero, al definir el sentido de los derechos fundamentales...”.

PRECEDENTE E GIURISPRUDENZA

Michele TARUFFO*

SOMMARIO: I. *Introduzione*. II. *Precedente o giurisprudenza*.
III. *La forza del precedente*. IV. *La direzione del precedente*.
V. *Precedente ed esempio*. VI. *Precedente e nomofilachia*.

I. INTRODUZIONE

Va anzitutto sottolineata la grande importanza che l'impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita del diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici¹ hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *common law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di *civil law*. Quindi la distinzione tradizionale secondo la quale i primi sarebbero fondati sul precedente, mentre i secondi sarebbero fondati sulla legge scritta non ha più — ammesso che davvero l'abbia avuto in passato — alcun valore descrittivo. Da un lato, invero, nei sistemi di *civil law* si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi di *common law* si fa ampio uso della legge scritta ed intere aree di questi ordinamenti — dal diritto commerciale al diritto processuale — sono in realtà “codificate”.

L'importanza del fenomeno che stiamo considerando appare evidente soprattutto in due dimensioni, oltre a quella della sua espansione in tutti gli ordinamenti moderni: nella dimensione *teorica* e nella dimensione *pratica*.

* Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Pavia.

¹ I saggi raccolti nel volume *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, D. N. MacCormick and R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney, 1997 e in 6 *Ragion Pratica*, 1996, pp. 7 ss.

La dimensione *teorica* attiene alla circostanza che il ricorso al precedente caratterizza in maniera peculiare la struttura dell'argomentazione giuridica in ordine all'interpretazione della regola di diritto e alla sua giustificazione, sia quando il precedente viene richiamato in sede di analisi dottrinale, sia quando ad esso si fa capo nell'ambito dell'interpretazione giudiziale del diritto. Senza affrontare qui il problema se la giurisprudenza sia o non sia fonte di diritto, è certo che essa è un fattore essenziale e decisivo in sede di interpretazione e di applicazione del diritto. Questo fattore condiziona la struttura dell'argomentazione giuridica in quanto questa viene ad avere non una struttura sillogistico—deduttiva, né una struttura dogmatico—sistemica, ma una struttura *topica*, proprio nel senso chiarito da Viehweg in *Topik und Jurisprudenz*.² I precedenti rappresentano infatti i *tòpoi* che orientano l'interpretazione della norma nella complessa fase dialettica della *Rechtsfindung*, e che danno supporto all'interpretazione adottata come valida nell'ambito dell'argomentazione giustificativa (ad esempio, nella motivazione della sentenza).

Vi è un ulteriore aspetto, forse meno evidente ma non meno rilevante, sotto il quale il riferimento al precedente influisce sulla struttura dell'argomentazione giuridica. Esso attiene alla circostanza che poiché il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga “concretizzato” per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente non si comprende se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa. Per un verso, la correlazione tra il precedente e una norma generale che si intende interpretare implica dunque che la norma venga letta alla luce della sua attuale o eventuale applicazione a casi concreti. Per altro verso, e si tratta forse del profilo più rilevante, la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi o normativi sulla decisione del caso successivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia —per dirla con MacCormick—³ a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia *universalizzabile*.

² Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.

³ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, pp. 82 ss., 134 ss., 213 ss.

L'importanza *pratica* del fenomeno che stiamo considerando non ha bisogno di lunghi commenti, dato che è sotto gli occhi di tutti: la ricerca e l'uso del precedente giurisprudenziale sono ormai il ferro del mestiere quotidiano del giurista pratico, il cui impiego è reso agevole —anche eccessivamente agevole, il che attutisce l'impatto dell'analisi critica— dai mezzi informatici e dalle banche dati. D'altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. *diritto vivente*, il quale rappresenta in molti casi il *solo* diritto di cui disponiamo —ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune— o il *vero* diritto di cui disponiamo quando i giudici creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma.⁴

II. PRECEDENTE O GIURISPRUDENZA

Nelle prime battute del discorso ho usato deliberatamente, per semplicità, i termini “precedente” e “giurisprudenza” come se fossero sinonimi. Le cose, però, non stanno davvero così, anche se in questo senso è il linguaggio corrente, nel quale i significati dei due termini non vengono solitamente distinti. Ritengo invece che tra precedente e giurisprudenza vi sia una netta distinzione, della quale cercherò di chiarire alcuni aspetti.

Vi è anzitutto una distinzione di carattere —per così dire— *quantitativo*. Quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad *una decisione* relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad *una pluralità*, spesso assai ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti. La differenza non è solo di tipo semantico. Il fatto è che nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola; al più, poche decisioni successive vengono citate a sostegno del precedente. In questo modo, è facile identificare quale decisione davvero “fa precedente”. Invece, nei sistemi —come il nostro— in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni: talvolta sono dozzine o addirittura centinaia, anche se non tutte vengono espressamente citate. Ciò implica varie conseguenze, tra cui la difficoltà —spesso difficilmente superabile— di stabilire quale sia la deci-

⁴ In proposito v. in particolare Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig.disc.priv.*, Sez..civ., vol. VI, Torino, 1990, pp.445 ss. Cfr. inoltre l'ampia analisi di Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Gnesi, uso e implicazioni, Milano, 1994.

sione che davvero è rilevante (se ve n'è una) oppure di decidere quante decisioni occorrono perché si possa dire che esiste una giurisprudenza relativa ad un determinata interpretazione di una norma.

Pertanto, come spesso accade, la quantità condiziona la qualità, il che porta appunto ad individuare una differenza *qualitativa* tra precedente e giurisprudenza.

Il precedente fornisce una regola (universalizzabile, come già si è detto) che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o —come accade di regola— dell'analogia tra *i fatti* del primo caso e *i fatti* del secondo caso. Naturalmente l'analogia delle due fattispecie concrete non è data *in re ipsa*, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che costui ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. E' dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi —per così dire— “crea” il precedente. A parte questo profilo —su cui tornerò in seguito— rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi *dei fatti*. Se questa analisi giustifica l'applicazione nel secondo caso della *ratio decidendi* applicata nel primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando si verificano queste condizioni, *un solo precedente* è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo.

L'impiego della giurisprudenza ha caratteristiche assai diverse. Anzitutto, l'analisi comparativa dei fatti manca, almeno nella grandissima maggioranza dei casi. Qui il problema dipende da ciò che in realtà “costituisce” la giurisprudenza: si tratta, come è noto, soprattutto delle massime elaborate dall'apposito Ufficio che esiste presso la Corte di Cassazione. La caratteristica più importante delle massime è che si tratta di enunciazioni, concentrate in una o in poche frasi, che hanno ad oggetto *regole giuridiche*. Queste regole hanno solitamente un contenuto più specifico rispetto al dettato testuale della norma di cui costituiscono una interpretazione, ma sono pur sempre formulate come *regole*, ossia come enunciazioni generali di contenuto precettivo. Non a caso le raccolte di giurisprudenza assomigliano a codificazioni più dettagliate di quelle che rappresentano i codici veri e propri, ma pur sempre a “raccolte di norme”. Il discorso sulle massime, sulla loro utilizzabilità e sulla loro atten-

dibilità, potrebbe essere assai lungo.⁵ Qui vale solo la pena di osservare che —per quanto è a mia conoscenza— un ufficio come quello del Massimario esiste solo in Italia, e che i sistemi nei quali vige la regola del precedente non conoscono nulla di simile alle nostre massime: in quegli ordinamenti, infatti, il precedente è costituito dall'intera sentenza, non da brani più o meno sintetici estratti dalla motivazione in diritto. Ecco dunque una prima differenza assai rilevante: di regola i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza *non includono i fatti* che sono stati oggetto di decisione, sicché l'applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una *regola generale*.

Questo *modus operandi* è così profondamente radicato nelle nostre abitudini, che ai fatti non si bada neppure quando si dispone dell'intero testo della sentenza e non solo della massima. Invero, se il testo è pubblicato da una rivista, solitamente i fatti del caso sono coperti dagli *omissis*. Se invece si dispone del testo integrale, ma si tratta di una sentenza della Corte di Cassazione, allora i fatti del caso o sono esposti in modo assai sintetico nella parte "narrativa" della sentenza, o non compaiono affatto. D'altronde, le sentenze di Cassazione si studiano per scoprire dov'è e qual è il *principio di diritto*, poiché ciò che si cerca è la *regula juris* astratta da applicare al caso successivo, non l'individuazione della fattispecie concreta che è stata oggetto di decisione. Si potrà dire che ciò dipende anche dalla funzione istituzionale che la Corte di Cassazione svolge nel nostro sistema come giudice della sola legittimità, ma non va comunque dimenticato che la Corte è chiamata sempre più spesso a decidere nel merito, ossia anche sui fatti del singolo caso, e quindi —almeno in queste ipotesi— si occupa dei fatti anche se non può accertarli *ex novo*.⁶

Come si è accennato, la giurisprudenza è formata da un insieme di sentenze, o meglio: da un insieme di sottoinsiemi o di gruppi di sentenze, ognuno dei quali può includere una elevata quantità di decisioni. In questa direzione non si può non accennare ad un fenomeno gravemente patologico, che rappresenta uno dei maggiori fattori di crisi del nostro siste-

⁵ In generale i saggi raccolti nel volume *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1986, ed in particolare Sacco, *La massima mentitoria*, ivi, pp. 51 ss.

⁶ Sulla recente riforma dell'articolo 384 cod.proc.civ. cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Taruffo, "Una riforma della Cassazione civile?", in *Riv.trim.dir. proc.civ.*, 2006, pp. 776 ss.

ma giurisdizionale: si tratta dell'abnorme numero di sentenze che la Corte di Cassazione pronuncia ogni anno, e che non è paragonabile a quanto accade nella maggior parte delle altre corti supreme. Non è il caso di analizzare qui le cause di questa degenerazione gravissima, e neppure dei possibili rimedi, su cui esiste un'ampia letteratura.⁷ Vale piuttosto la pena di segnalare alcuni degli effetti che ne derivano.

Per un verso, in questa alluvione incontrollata di decisioni accade che sulla stessa questione, o sulla stessa norma, vengano pronunciate ogni anno *decine o centinaia* di sentenze, sicché la giurisprudenza su molti temi raggiunge le migliaia di decisioni se solo si considerano pochi anni di riferimento. La consultazione dei repertori, o dei dati forniti dal CED della Cassazione, offre prove eloquenti di ciò.

Per altro verso, il numero incontrollato delle decisioni favorisce una ulteriore degenerazione, ossia il frequente verificarsi di incoerenze, e spesso di evidenti contraddizioni, e di repentini mutamenti di indirizzo, nell'ambito della medesima giurisprudenza della Cassazione. Si tratta, purtroppo, di fenomeni assai noti e frequenti,⁸ sui quali non possiamo approfondire il discorso. Per quanto qui interessa, essi portano a far sì che l'uso della giurisprudenza sia spesso un'impresa complicata, difficile e rischiosa. Da un lato, invero, non si sa quasi mai se davvero si è arrivati a conoscere *tutta* la giurisprudenza (il che è spesso impossibile), o almeno *tutta* la giurisprudenza *rilevante* su una determinata questione. Dall'altro lato, spesso si scopre che la giurisprudenza è incoerente e contraddittoria: si tratterà allora di stabilire se vi è o non vi è giurisprudenza *conforme*, se vi è una giurisprudenza *prevalente*, se la giurisprudenza è *incerta*, o se addirittura vi è una situazione di caos giurisprudenziale.

Questi problemi non esistono, o sorgono soltanto in pochissimi casi limite, negli ordinamenti che sono davvero fondati sull'uso del precedente. A spiegare questa differenza basti un dato: attualmente la *House of Lords* pronuncia in media meno di 100 sentenze all'anno, mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti, che è anche giudice di costituzionalità, ne pronuncia meno di 200. La nostra Corte di Cassazione pronuncia mediamente circa 50,000 sentenze all'anno.

⁷ Da ultimo, anche per riferimenti, Taruffo, *ibidem*, pp. 755 ss.

⁸ In proposito cfr. in particolare Moneta, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova, 1993; *id.*, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova, 1995.

III. LA FORZA DEL PRECEDENTE

Tornando a parlare del precedente, vi sono due ordini di considerazioni che meritano di essere qui accennate.

La prima considerazione riguarda la determinazione di ciò che si considera come precedente in senso proprio, ossia quella parte della sentenza alla quale si fa riferimento per derivarne la regola di giudizio per il caso successivo. In proposito la dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione.⁹ Questa distinzione può essere difficile da tracciare in pratica, ma è fondamentale in quando fa intendere come soltanto per mezzo del riferimento diretto ai fatti della causa si possa determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione, ossia la *ratio* che soltanto può avere efficacia di precedente. Gli *obiter dicta* non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore. Questa distinzione non è ignota nell'ambito della nostra giurisprudenza, ma non viene applicata con il necessario rigore: non di rado le massime contengono *obiter dicta*, in quanto chi formula la massima spesso estrae dal testo della sentenza qualunque enunciazione giuridica senza verificare se essa sia la base effettiva della decisione; nella pratica giudiziaria ci si comporta non di rado nello stesso modo, richiamando qualunque parte della sentenza che pare utile invocare come precedente. In tal modo diventa del tutto incerto che cosa sia ciò che si utilizza per rafforzare la giustificazione della decisione successiva, sicché anche l'*obiter dictum* può —benchè indebitamente— “fare precedente”.¹⁰

⁹ Marshall, “What is Binding in a Precedent”, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 506 ss. In argomento *cfr.*, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Taruffo, “Giurisprudenza, in Enc.Treccani delle Scienze sociali”, Roma 1994, vol. IV, pp. 359 ss.; *id.*, “Dimensioni del precedente giudiziario”, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1994, pp. 421 ss.; Schlüter, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitgerichts*, München, 1973.

¹⁰ *Cfr.* ad es. Caselli, “Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono”, in *Contratto e impresa* 1987, pp. 675 ss.; Grippo, *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, ivi, pp. 659 ss.

La seconda considerazione attiene all'efficacia del precedente. In proposito va osservato che la tradizionale e corrente distinzione tra precedente *vincolante*, che sarebbe tipico degli ordinamenti di *common law*, e precedente *persuasivo*, o *di fatto*, che sarebbe tipico degli ordinamenti di *civil law*, è largamente inattendibile. Piuttosto, appare appropriato parlare di *forza* del precedente per indicare il grado, o l'intensità con cui esso riesce ad influire sulle decisioni successive.¹¹

Da un lato, non è appropriato dire che il precedente di *common law* è vincolante, nel senso che ne derivi un vero e proprio obbligo del secondo giudice di attenersi al precedente. E' noto che anche nel sistema inglese, che pare essere quello in cui il precedente è dotato di maggiore efficacia, i giudici usano numerose e sofisticate tecniche argomentative, tra cui il *distinguishing* e l'*overruling*, al fine di non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire.¹² Rimane dunque vero che in quell'ordinamento il precedente è dotato di notevole forza, in quanto ci si aspetta che in linea di massima il giudice successivo lo segua —come in effetti solitamente accade—, ma questa forza è sempre *defeasible*, poiché il secondo giudice può disattendere il precedente quando ritenga opportuno farlo al fine di formulare una soluzione più giusta del caso che deve decidere.¹³ Nel sistema americano, poi, la forza del precedente esiste, ma in grado minore: il giudici americani applicano i precedenti con grande discrezionalità, ossia —per così dire— quando non trovano ragioni sufficienti per non farlo. Lo *stare decisis* continua ad esistere, dunque, e quindi i giudici solitamente spiegano perché non intendono seguire il precedente: pare tuttavia chiaro che il precedente ha efficacia solo quando il secondo giudice lo condivide. In caso contrario, il precedente viene *overruled*.¹⁴

Negli ordinamenti di *civil law* il grado di forza che viene attribuito al precedente è probabilmente minore rispetto a quello del precedente di *common law*, ma nulla esclude che vi siano precedenti così autorevoli e

¹¹ Al riguardo cfr. in particolare Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, cit., pp. 461 ss.; id., "Sui precedenti vincolanti de facto", in *6 Ragion Pratica* 1996, pp. 35 ss.

¹² Cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *op. cit.*, p. 361, ed inoltre Marshall, "Trentatre cose che si possono fare con i precedenti", in *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 29 ss.

¹³ Cfr. Bankowski *et al.*, "Precedent in the United Kingdom, in *Interpreting Precedents*", cit., pp. 325 ss.

¹⁴ Cfr. Summers, "Precedent in the United States (New York State)", in *Interpreting Precedents*, cit., pp. 369 ss.

così persuasivi da imporsi ai giudici successivi. A questi viene comunque lasciato uno spazio di possibile dissenso, condizionato però all'indicazione di ragioni adeguate che giustifichino l'adozione di una regola di giudizio diversa.¹⁵ Se tuttavia si guarda a cosa accade nell'ambito della nostra pletorica giurisprudenza, si scopre facilmente che in ogni settore i precedenti che meritano veramente questo nome, ossia i c.d. *grands arrêts* della Corte di Cassazione, non sono certamente numerosi. Essi sono anzi l'eccezione, dove la regola è piuttosto l'impiego casuale, confuso, disordinato e tutto sommato irrazionale, di gruppi di sentenze scelte senza nessun criterio, più o meno numerose a seconda della pazienza del copista oppure, attualmente, della rapidità del computer. In una situazione di questo genere, si può attribuire una certa efficacia persuasiva alla giurisprudenza, quando essa non è autocontraddittoria e quando si possono individuare "stringhe di precedenti" abbastanza uniformi. Si torna, in sostanza, ad un approccio quantitativo piuttosto che qualitativo, poichè si tende a pensare che più sono le decisioni a favore di una certa soluzione, più questa soluzione dovrebbe imporsi al giudice successivo, senza considerare che spesso si tratta di dozzine di riproduzioni meccaniche della stessa massima, e senza riflettere che la forza persuasiva di ogni singola decisione è inversamente proporzionale al numero delle decisioni conformi. Come si è già detto più sopra, il vero precedente è tendenzialmente uno solo; quando si maneggiano decine o centinaia di sentenze, si è fuori dalla logica del precedente.¹⁶

IV. LA DIREZIONE DEL PRECEDENTE

Un aspetto che va tenuto presente se si vuole intendere in modo adeguato come opera il precedente, è la sua *direzione*. Si vuole così indicare il rapporto che esiste tra l'organo che ha pronunciato la decisione che viene assunta come precedente, e il giudice del caso successivo. La *forza*

¹⁵ Sul precedente in vari ordinamenti di *civil law*, cfr. i saggi di Alexy-Dreier, Aarnio, Eng e Bergholtz-Peczenik in *Interpreting Statutes*, cit., pp. 17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

¹⁶ Naturalmente non considero qui le varie forme di "abuso della citazione" della giurisprudenza, che vanno dalla citazione di lunghi elenchi di decisioni scelte a caso con il mero fine di impressionare il lettore, alla omissione di decisioni contrarie, alla citazione di decisioni non rilevanti per il caso di specie, sino alla citazione di sentenze inesistenti. Questi abusi non sono infrequenti, e si fondano sulla speranza che il giudice e la controparte non compiano le relative verifiche.

del precedente, invero, non si esprime in generale e in modo indifferenziato, e nei confronti di qualunque giudice, ma dipende, appunto dalla sua *direzione*.

Il caso tipico dell'applicazione del precedente si ha quando la sua direzione è *verticale*, ossia quando il giudice successivo, che deve decidere un caso identico o simile, si colloca su un gradino inferiore nella gerarchia giudiziaria.¹⁷ Ciò dipende dal fatto che tradizionalmente la forza del precedente si fonda sull'autorità e sull'autorevolezza dell'organo che ha emanato la decisione. A loro volta, autorità ed autorevolezza si connettono alla collocazione dell'organo: più elevato è il livello della corte che emana il precedente, più autorevoli sono le sue decisioni. Per così dire, la forza del precedente scende dall'alto in basso: le vere "corti del precedente" sono le corti supreme, le cui decisioni si impongono a tutti gli organi giudiziari di grado inferiore; poi vengono le corti d'appello, e così via scendendo nella scala giudiziaria. Naturalmente può accadere che una corte suprema pronunci una cattiva decisione e un giudice di primo grado pronunci una decisione eccellente, ma ciò è casuale, e comunque non intacca il fondamento della concezione verticale del precedente.

Si parla, tuttavia, anche di precedente *orizzontale*, per indicare la forza persuasiva che un precedente può avere rispetto agli organi giudiziari che appartengono allo stesso livello di quello che ha pronunciato la prima decisione.¹⁸ Il precedente orizzontale può certo avere qualche forza persuasiva, che però tende ad essere inferiore di quello del precedente verticale, sia perché non può trattarsi della corte suprema, che è unica, sia perché tra organi dello stesso livello non vi è –almeno *a priori*– alcuna differenza di autorità. Può accadere che un organo non di vertice produca decisioni particolarmente apprezzabili, e quindi abbia influenza sugli altri giudici dello stesso livello, ma ciò attiene alla qualità intrinseca delle decisioni più che a meccanismi paragonabili al precedente.

Un caso peculiare ed interessante di precedente orizzontale è rappresentato dal c.d. *autoprecedente*, ossia dai precedenti emanati dalla stessa corte che decide il caso successivo.¹⁹ Il problema può riguardare qualsiasi giudice ma si è posto in particolare a proposito delle corti supreme, rispetto alle quali ci si chiede se esse siano o debbano essere in qualche mo-

¹⁷ In proposito v. più ampiamente Taruffo, *Dimensioni*, cit., p. 416.

¹⁸ Cfr. Taruffo, *op. cit.*, p. 417.

¹⁹ *Idem*.

do vincolate ai *loro stessi* precedenti. Una risposta positiva a questo quesito sembra giustificata, essenzialmente in base alla necessità che casi uguali vengano trattati allo stesso modo dallo stesso giudice. Una corte che, sulla stessa questione, cambiasse ogni giorno opinione, avrebbe ben scarsa autorevolezza e violerebbe qualunque principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Si giustificerebbe quindi, e con solide ragioni, un grado elevato di forza dell'autoprecedente, o addirittura un vincolo formale della corte a seguire i propri precedenti.

Tuttavia, vi sono buone ragioni per ritenere che si debba ammettere un apprezzabile grado di elasticità in un vincolo di questo genere. Può accadere, infatti, che la stessa corte si trovi nella condizione di dover mutare orientamento, così deviando dai propri precedenti, in varie situazioni, che vanno dall'obsolescenza del precedente al mutare di condizioni storiche, economiche o sociali che influiscono sulla decisione del caso successivo, sino all'eventualità che si presentino casi con peculiarità così accentuate da non poter essere ricondotti entro il precedente. Non a caso, proprio in vista di eventualità di questo genere nel 1966, con il famoso *Practice Statement*, la *House of Lords* comunicò che da quel momento in poi non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti. Nei decenni successivi essa continuò la prassi di seguire i propri precedenti, almeno nella maggior parte dei casi, ma si era in tal modo ritagliata uno spazio di discrezionalità idoneo a garantire la possibilità di adeguare la propria giurisprudenza al mutare della realtà.²⁰ Analogamente, la Corte Suprema degli Stati Uniti seleziona rigorosamente i casi di cui intende occuparsi, essenzialmente in base all'opportunità di creare nuovi precedenti o di procedere all'*overruling* di quelli che non considera più validi.²¹

In realtà, come è stato segnalato già da tempo soprattutto da Gino Gorla,²² ma anche da altri autori,²³ il problema non dipende dalla circostanza che una corte suprema muti orientamento e non segua passivamente i propri precedenti: il problema sorge quando queste variazioni sono

²⁰ Cfr. Antonioli Deflorian, "Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese", in *Riv.dir.civ.*, 1993, I, pp. 157 ss.

²¹ Sul modo in cui la Corte Suprema "governa" i propri precedenti cfr. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999.

²² Cfr. Gorla, "Precedente giudiziale", in *Enc.Giur.Treccani*, Roma 1990, vol.XXIII, pp. 4, 6, 8 ss.

²³ Cfr. Taruffo, *Giurisprudenza, cit.*, p. 363, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

troppo frequenti, arbitrarie, casuali e prive di seria giustificazione, come non di rado accade nella giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione. Non è un caso, invero, che da molte parti si sia da tempo sottolineata la necessità che la Corte inauguri una seria politica del precedente, con la finalità —non facile da conseguire ma certamente necessaria— di introdurre un grado apprezzabile di uniformità e di coerenza nella propria giurisprudenza.²⁴ Al riguardo va segnalato un maldestro tentativo del recente legislatore che, con l'intenzione di operare in questo senso, ha introdotto nel cod.proc.civ. un art. 374 comma 3 in funzione del quale la sezione semplice che ritenga di non adeguarsi all'orientamento delle Sezioni Unite non potrebbe decidere diversamente ma dovrebbe rimettere a queste la decisione del ricorso. Tentativo maldestro sia perché si tratta di un obbligo non sanzionato,²⁵ sia perché la situazione pare destinata a peggiorare a ragione delle altre novità introdotte con la pretesa riforma della Cassazione, di cui farò cenno in conclusione.

V. PRECEDENTE ED ESEMPIO

Se si individua la caratteristica principale del precedente nella sua forza, ossia nella sua capacità di determinare o almeno di indirizzare in senso conforme la decisione di casi successivi, allora pare opportuno escludere dalla nozione di precedente quelle decisioni che, pur essendo oggetto di riferimento nell'ambito dell'argomentazione giuridica, tuttavia non siano dotate di questa efficacia. Si può dire invero che queste decisioni non rappresentano dei veri e propri precedenti, ma vengono semplicemente usate come *esempi*. La loro funzione, quindi, non è quella di indicare il criterio di decisione che dovrebbe essere seguito nel caso successivo, ma semplicemente di mostrare che la norma di cui si tratta è sta-

²⁴ V. Taruffo, *ibidem*. Negli ultimi tempi si sono verificati apprezzabili tentativi —da parte dell'Ufficio del Massimario— di razionalizzare la pubblicazione delle decisioni della Corte, con lo scopo di indicare quelle sentenze che, secondo la Corte stessa, meritano di essere usate come precedenti. Si tratta di tentativi interessanti, che mostrano come anche all'interno della Corte vi sia sensibilità verso la problematica del precedente in senso proprio. Il loro esito è però reso difficoltoso dal numero eccessivo di decisioni che la Corte è comunque costretta a pronunciare.

²⁵ E' quindi lecito ritenere che questo vincolo in realtà non esista, o non sia efficace: in questo senso cfr. Taruffo, *Una riforma, cit.*, p.773. In argomento v. anche Silvestri, in Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, V ed., Padova 2006, p. 1054.

ta applicata in un certo modo in un certo caso.²⁶ Dunque l'esempio informa ma non suggerisce, e tanto meno impone una decisione conforme. Lo dimostra l'esistenza di *esempi negativi*, ossia di casi che vengono richiamati allo scopo di dire che essi *non debbono* essere seguiti.²⁷

Vengono citati solo in funzione di esempi vari tipi di decisioni: quelle di giudici di livello inferiore, quelle di giudici di pari livello, quelle di giudici appartenenti a giurisdizioni diverse, e —in generale— tutte le decisioni che mancano dei requisiti che occorrono perché si faccia riferimento ad un precedente in senso proprio. Per così dire, l'esempio è solo superficialmente simile al precedente, ma se ne differenzia per struttura e funzione. Occorrerebbe allora distinguere, all'interno della giurisprudenza, la situazione in cui una o più decisioni vengano invocate per farne discendere effetti precettivi quanto alla decisione di un caso successivo, in presenza delle condizioni necessarie perché tali effetti possano manifestarsi, dai casi in cui le decisioni a cui si fa riferimento vengono usate semplicemente come esempi, essendo prive dei requisiti che definiscono il precedente in senso proprio. L'esempio può svolgere qualche funzione persuasiva, ed è per questa ragione che viene usato, ma non svolge una funzione propriamente giustificativa, e quindi non ha un'efficacia condizionante o vincolante sulla decisione del caso successivo.

Bisogna tuttavia sottolineare che da qualche tempo va emergendo un fenomeno che non rientra nella definizione del precedente, e dunque andrebbe ricondotto entro la categoria dell'esempio, ma che tuttavia riveste grande interesse e pare destinato ad assumere una rilevanza sempre maggiore. Si tratta della tendenza, che si riscontra in numerose giurisdizioni sovranazionali e nazionali, soprattutto al livello delle corti supreme e costituzionali, a tener conto di decisioni rese da corti non appartenenti al medesimo ordinamento. Questa tendenza è in realtà un aspetto di un fenomeno più ampio, che si manifesta quando i giudici fanno riferimento al diritto straniero.²⁸ E' chiaro che quando una corte di uno Stato fa riferimento alle decisioni di corti di altri Stati o di corti internazionali si è al

²⁶ Sulla distinzione in oggetto v. in particolare Taruffo, "Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria", in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1998, pp. 783 ss.

²⁷ Cfr. Taruffo, *op. cit.*, p. 796.

²⁸ Questo fenomeno è stato oggetto di recenti studi molto interessanti: cfr. in particolare Markesinis-Fedke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, New York, UCL Press, 2006; *Comparative Law Before the Courts*, ed. by G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve, London, 2004.

di fuori del ricorso al precedente, poiché non si ha né la direzione verticale né la dimensione orizzontale del precedente. Questa corte, infatti, non è vincolata ad uniformarsi a queste decisioni né —per così dire— l'ordinamento di appartenenza si aspetta che esse vengano usate come punto di riferimento. Tuttavia, il ricorso al diritto straniero, ed in particolare a decisioni pronunciate da corti straniere, si va diffondendo, insieme con la crescente globalizzazione della cultura giuridica, di cui rappresenta un aspetto molto rilevante.²⁹ Al di fuori di ogni vincolo di qualsivoglia natura, invero, esso rappresenta uno strumento potente di circolazione transnazionale, e di tendenziale omogeneizzazione, di regole di giudizio che si collocano soprattutto al livello dei principi generali e delle garanzie fondamentali.

Pur trattandosi soltanto di esempi, occorre tuttavia riconoscere che in molti casi essi sono dotati di notevole forza persuasiva, che dipende sia dall'autorevolezza degli organi che pronunciano le decisioni cui viene fatto riferimento, sia —soprattutto— dalla condivisione di principi che si presentano come universali e quindi si ritengono meritevoli di essere applicati superando i limiti delle rispettive giurisdizioni e guardando a come essi vengono interpretate nelle giurisdizioni che si considerano più avanzate e quindi si assumono come fonte di ispirazione.

VI. PRECEDENTE E NOMOFILACHIA

Tornando, per concludere, entro i patrii confini, vale ancora la pena di accennare ad un problema di notevole rilievo. In pagine limpidissime della *Cassazione Civile*, già nel 1920 Piero Calamandrei sottolineava che la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione avrebbe dovuto svolgersi, in connessione con la funzione di garantire l'uniformità della giurisprudenza, attraverso l'emanazione di sentenze capaci non solo di assicurare l'esatta interpretazione del diritto, ma anche di imporre questa interpretazione come canone di decisione dei casi successivi.³⁰ Calamandrei prospettava l'idea che la Corte di Cassazione, una volta unificata, diventasse quello che in termini moderni si chiama “corte del precedente”,

²⁹ Cfr. Slaughter, “Judicial Globalization”, in 40 *Va.J.Int'l L.* 1999-2000, pp. 1103 ss.; Bahdi, “Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts”, in 34 *Geo.Wash.Int'l L.Rev.*, 2002-2003, pp. 555 ss.

³⁰ Cfr. Calamandrei, *La Cassazione Civile*, vol.II. *Disegno generale dell'istituto*, in *id.*, *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1976, pp. 34, 92, 105.

e quindi svolgesse le sue funzioni, ed in particolare quella di nomofilachia, attraverso decisioni capaci di orientare la giurisprudenza successiva. Egli anticipava invero quella che è oggi la funzione principale delle corti supreme in molti ordinamenti, di *common law* e di *civil law*, che è di assicurare il controllo di legittimità attraverso la fissazione di precedenti destinati a proiettarsi come punti di riferimento sulle decisioni degli altri giudici. Con formula sintetica si può parlare di “nomofilachia attraverso il precedente”, proprio per indicare che la funzione tipica di una corte suprema è di assicurare l’uniforme rispetto della legge attraverso decisioni “universalizzabili” e proiettate verso il futuro.

In occasione della recente riforma del procedimento in Cassazione, il legislatore ha dichiarato di voler rafforzare la funzione nomofilattica della Corte,³¹ ma ha fatto perno su una nozione di nomofilachia che non solo non corrisponde a quella di Calamandrei, ma è in netto contrasto con le modalità —appena accennate— con cui le corti supreme degli altri ordinamenti svolgono la medesima funzione. Si prevede infatti, con varie disposizioni,³² che la Corte pronunci “principi di diritto” su ogni questione sollevata da qualunque motivo di ricorso, ed anche quando non vi sia un ricorso di parte ma la pronuncia di un principio di diritto venga richiesta “nell’interesse della legge”. Questi “principi di diritto” dovrebbero essere pronunciati con una frequenza prevedibilmente molto maggiore rispetto al passato, posto che nella medesima sentenza ve ne potrebbero essere vari, se vari erano i motivi di ricorso. Per un verso, dunque, non si fa nulla per indirizzare la Corte di Cassazione verso il ruolo di una vera e propria corte del precedente (il che richiederebbe, ad esempio, una drastica riduzione del numero delle decisioni, attraverso adeguati meccanismi di filtro dei ricorsi). Per altro verso, si fa capo ad una sorta di “nomofilachia del caso concreto”, inducendo la Corte a pronunciarsi su una infinità di questioni, indipendentemente dal loro interesse o dalla loro rilevanza generale,³³ e quindi indipendentemente dalla “universalizzabilità” del cri-

³¹ Cfr. il Capo I del d. lgs. n. 40 del 2006, intitolato “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica”.

³² Cfr. i nuovi artt. 363 e 384, su cui v. Taruffo, *Una riforma*, cit., pp. 764 ss., e Silvestri, in Carpi-Taruffo, *op. cit.*, pp. 1036, 1065, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

³³ L’importanza generale della questione che si tratta di decidere è il criterio di selezione dei casi che possono essere portati davanti al *Bundesgerichtshof* tedesco: cfr. Sonelli, *L’accesso alla corte suprema e l’ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un’ottica comparatistica*, Torino, 2001, pp. 86 ss.

terio di decisione che viene utilizzato nel singolo caso. Ciò che si persegue, invero, non è l'indicazione di regole destinate ad essere applicate dai giudici successivi, ma l'analitica specificazione di "principi" che in realtà principi non sono, essendo destinati a valere essenzialmente per il singolo caso di volta in volta deciso. Nessuna proiezione verso il futuro, dunque, ma soltanto l'analitica soluzione delle questioni di diritto sorte nel singolo caso.

In questo modo, è assai improbabile che la Corte di Cassazione si avvii a diventare una vera "corte del precedente", così allineandosi con la tendenza evolutiva che caratterizza le corti supreme degli altri ordinamenti. E' invece prevedibile qualche accentuazione *in peius* della situazione attuale, con una Corte che pronuncia una quantità inverosimile di "principi di diritto" in una giurisprudenza sempre più alluvionale, e quindi sempre meno coerente ed autorevole.

I precedenti potrebbero operare come le *strutture dissipative* di cui si parla nelle teorie della complessità, ossia come momenti di formazione di aree di ordine all'interno del disordinato fluire del caos della giurisprudenza.³⁴ Essi, infatti, potrebbero costituire importanti fattori di razionalizzazione, di uniformità pur flessibile, di prevedibilità e di uguaglianza di trattamento, nell'incontrollabile quantità e varietà dei casi che vengono decisi dalle corti. Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che essi non siano a loro volta un elemento di disordine e di variazione casuale legata alle specificità dei singoli casi concreti: occorre dunque che si tratti di precedenti in senso proprio, e quindi che essi presentino i caratteri distintivi di "rarità", autorità e universalizzabilità in funzione dei quali essi possono emergere dal caos indistinto della prassi giudiziaria.

³⁴ Sul concetto di "struttura dissipativa" nell'ambito della teoria del caos cfr. Prigogine, *Le leggi del caos*, Bari, 1993, pp. 15 ss.; Porush, "Fictions as Dissipative Structures: Prigogine's Theory and Postmodernism's Roadshow", in *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, ed. by N. K. Hayles, Chicago-London, 1991, pp. 56 ss.

SUMARIO GENERAL

TOMO I

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EPISTOLARIO

Jorge Adame Goddard (<i>México</i>)	Jorge Carpizo (<i>México</i>)
Eliseo Aja (<i>España</i>)	Milton Emilio Castellanos Gout (<i>México</i>)
Miguel de Jesús Alvarado Esquivel (<i>México</i>)	Germán Cisneros Farías (<i>México</i>)
Pedro Aragoneses Alonso (<i>España</i>)	Juan Colombo Campbell (<i>Chile</i>)
Gonzalo M. Armienta Calderón (<i>México</i>)	Krystian Complak (<i>Polonia</i>)
Carlos Ayala Corao (<i>Venezuela</i>)	Edgar Corzo Sosa (<i>México</i>)
René Baldivieso Guzmán (<i>Bolivia</i>)	José de Jesús Covarrubias Dueñas (<i>México</i>)
Manuel Barquín A. (<i>México</i>)	Eduardo García de Enterría (<i>España</i>)
Manuel Becerra Ramírez (<i>México</i>)	José Hugo Díaz-Estúa Avelino (<i>México</i>)
Roberto Omar Berizonce (<i>Argentina</i>)	Ma. Macarita Elizondo Gasperín (<i>México</i>)
Beatriz Bernal Gómez (<i>Cuba</i>)	José Alfredo García Solís (<i>México</i>)
Joaquín Brage Camazano (<i>España</i>)	Iván Escobar Fornos (<i>Nicaragua</i>)
Paulo Cardinal (<i>Macau</i>)	Gerardo Eto Cruz (<i>Perú</i>)
Jorge Ulises Carmona Tinoco (<i>México</i>)	Eduardo Ferrer Mac-Gregor (<i>México</i>)
Federico Carpi (<i>Italia</i>)	

José Fernando Franco González Salas (México)	Carlos A. Morales-Paulín (México)
Flavio Galván Rivera (México)	José Ramón Narváez Hernández (México)
José Gamas Torruco (México)	César Nava Escudero (México)
Máximo N. Gámiz Parral (México)	Salvador Olimpo Nava Gomar (México)
Domingo García Belaunde (Perú)	José F. Palomino Manchego (Perú)
Sergio García Ramírez (México)	Carlos Parodi Remón (Perú)
Paula María García-Villegas Sánchez- Cordero (México)	Carlos Pérez Vázquez (México)
Alonso Gómez Robledo (México)	Karla I. Quintana Osuna (México)
Juan Luis González Alcántara y Carrancá (México)	Carlos Restrepo Piedrahita (Colombia)
Carlos González Blanco (México)	Adolfo A. Rivas (Argentina)
Héctor González Chévez (México)	Fdo. Francisco Rubio Llorente (España)
Jorge Alberto González Galván (México)	Alberto Saíd (México)
Raúl González Schmal (México)	Ricardo J. Sepúlveda I. (México)
Héctor Gros Espiell (Uruguay)	Luis Fernando Solano Carrera (Costa Rica)
Peter Häberle (Alemania)	Marcel Storme (Bélgica)
Ricardo Haro (Argentina)	Evangelina Suárez Estrada (México)
Arturo Hoyos (Panamá)	Karla Beatriz Templos Núñez (México)
Tony Jolowicz (Inglaterra)	José Juan Trejo Orduña (México)
Patricia Kurczyn Villalobos (México)	Jean Claude Tron Petit (México)
Margarita Beatriz Luna Ramos (México)	Jose Luis Vázquez Sotelo (España)
Rafael Márquez Piñero (España)	Juan Vega Gómez (México)
Fabiola Martínez Ramírez (México)	Pedro de Vega (España)
Gonzalo Moctezuma Barragán (México)	Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica)
	Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México)

CAPÍTULO I
TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

“Procesos y procedimientos constitucionales”	Gonzalo M. ARMIENTA CALDERÓN
“Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”	César ASTUDILLO
“Calamandrei y la Constitución democrática”	Michelangelo BOVERO
“Enfoques conceptuales y caracterización del derecho procesal constitucional a principios del siglo XXI”	Juan COLOMBO CAMPBELL
“Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal”	Ivo DANTAS
“Fundamentos del derecho procesal constitucional”	Iván ESCOBAR FORNOS
“El derecho procesal constitucional (Teoría general, crecimiento, desarrollo de la disciplina, autonomía científica)”	Enrique FALCÓN
“Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional”	José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
“La inactividad en el derecho procesal constitucional”	Jorge FERNÁNDEZ RUIZ
“Democrazia costituzionale e diritti fondamentali”	Luigi FERRAJOLI
“Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)”	Eduardo FERRER MAC-GREGOR
“El derecho procesal constitucional en expansión (crónica de un crecimiento)”	Domingo GARCÍA BELAUNDE

“Justicia constitucional: la invasión del ámbito político”	Marina GASCÓN ABELLÁN
“Las sombras de la jurisdicción constitucional”	Jesús GONZÁLEZ PÉREZ
“El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos”	Osvaldo Alfredo GOZAÍNI
“La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”	Peter HÄBERLE
“El control judicial de las leyes en el Reino Unido”	John Anthony JOLOWICZ
“Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”	Luis PRIETO SANCHÍS
“Justiça constitucional: superando as teses do «legislador negativo» e do ativismo de carácter jurisdiccional”	André RAMOS TAVARES
“Una relectura del <i>Dr. Bonham 'Case</i> y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la <i>judicial review</i> ”	Fernando REY MARTÍNEZ
“Un número paradigmático de la <i>Revista de la Facultad de Derecho</i> en materia procesal constitucional”	Alberto SAÍD
“Jurisdicción constitucional y política”	Fernando SERRANO MIGALLÓN
“ <i>Judicial Review</i> global”	Martin SHAPIRO
“Constitutional Justice: an Effective Guarantee of Democracy and Constitutionalism”	S. STAËIOKAS
“Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución”	Javier TAJADURA TEJADA

TOMO II

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

CAPÍTULO II

TRIBUNALES, CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES

- “Estatuto constitucional y legal de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador” Enrique ANAYA
- “La Suprema Corte y el sistema nacional de impartición de justicia: ¿adónde va la reforma judicial?” José Antonio CABALLERO, Sergio LÓPEZ-AYLLÓN y Alfonso OÑATE
- “El nuevo perfil institucional de la Corte Suprema argentina” Mario CÁMPORA y Diego A. DOLABJIAN
- “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes” José Luis CEA EGAÑA
- “La justicia constitucional y la función del Tribunal Constitucional en Guatemala” Mauro CHACÓN DORADO
- “Érase que se era: veinte años del Tribunal Constitucional polaco” Krystian COMPLAK
- “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación” Juan DÍAZ ROMERO
- “Decaimiento de la acción en la jurisprudencia de la Sala Constitucional venezolana” Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE
- “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional” César LANDA
- “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?” Ana Laura MAGALONI KERPEL

“El Tribunal Constitucional kelseniano”	Rafael MÁRQUEZ PIÑERO
“Nuevos protagonistas en la división de funciones: la Sala Constitucional costarricense”	Luis Paulino MORA MORA
“La Corte Suprema argentina y el derecho ambiental”	Augusto M. MORELLO
“La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español de 2007”	Julio MUERZA ESPARZA
“El Tribunal Supremo de la India como órgano de justicia constitucional. Apuntes introductorios”	Marco OLIVETTI
“La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado”	Lucio PEGORARO
“El Supremo Poder Conservador y su sentencia de muerte: la Ley sobre Ladrones del 13 de marzo de 1840”	Raúl PÉREZ JOHNSTON
“La escritura de algunos tribunales constitucionales en América Latina: el principio de accesibilidad y tres sentencias comparadas”	Carlos PÉREZ VÁZQUEZ
“Contenido constitucionalmente protegido de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”	Elvito A. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ
“Sobre el significado de la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español operada en virtud de la LO 6/2007, del 24 de mayo”	Patricia RODRÍGUEZ-PATRÓN
“La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina”	Giancarlo ROLLA

“La Sala Constitucional costarricense y la Convención Americana de Derechos Humanos”
Ma. Auxiliadora SOLANO MONGE

“El Tribunal Constitucional español en negativo: cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas y de *lege ferenda*”
Antonio TORRES DEL MORAL

“Tribunales constitucionales y comparación en la extensión de las declaraciones de derechos”
Giuseppe de VERGOTTINI

CAPÍTULO III

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA

“Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana”
Rainer GROTE

“El Tribunal Constitucional español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”
Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES
HIDALGO DE CAVIEDES

“Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”
Juan MONROY GÁLVEZ

CAPÍTULO IV

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

“Tribunales constitucionales y democracia”
René BALDIVIESO GUZMÁN

“La Suprema Corte de Justicia y la consolidación democrática en México”
Francisco IBARRA PALAFOX

“Democracia y debido proceso”	Arturo HOYOS
“Democracia, Estado de derecho y Estado constitucional de derecho”	Mauricio LARA GUADARRAMA
“El papel de los tribunales constitucionales en la democracia”	José Antonio RIVERA SANTIVÁÑEZ
“Justicia constitucional y democracia”	Rodolfo VÁZQUEZ
“Democracia y tribunales constitucionales”	Santiago VELÁZQUEZ COELLO

TOMO III

JURISDICCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO V

JUSTICIA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Sua doutrina em fase de uma situação concreta)”	José AFONSO DA SILVA
“Aspectos de la justicia constitucional en Guatemala”	Mario AGUIRRE GODOY
“Del control político al control constitucional: el principio de legalidad penal”	Gilbert ARMIJO
“Breves consideraciones jurídicas y filosóficas sobre la justicia constitucional en México al iniciar el siglo XXI”	Juan Federico ARRIOLA
“La justicia constitucional en México: algunas ideas en torno a su consolidación”	Manlio Fabio CASARÍN LEÓN

- “Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana” Alfonso CELOTTO
- “Justicia constitucional y derechos humanos” Roberto CUÉLLAR M.
- “Nuevas variaciones sobre el tema cultural de la justicia constitucional en México” Rafael ESTRADA MICHEL
- “La justicia constitucional en Guatemala” Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- “La protección del orden constitucional” Mara GÓMEZ PÉREZ
- “Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada” Tania GROPPi
- “Una consolidada apertura en el control judicial de constitucionalidad argentino” Ricardo HARO
- “La jurisdicción constitucional. Estudio de macrocomparación” María del Pilar HERNÁNDEZ
- “La aceptación de un moderno sistema de protección de derechos humanos por la justicia constitucional en Eslovenia” Arne Marjan MAVČIČ
- “La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección)” Enrique NAVARRO BELTRÁN
- “Figuras emblemáticas de la justicia constitucional en Venezuela” Mariolga QUINTERO TIRADO y Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO
- “La jurisdicción constitucional en Chile (después de la reforma de 2005 de la ley fundamental)” Lautaro RÍOS ÁLVAREZ

- “La jurisdicción constitucional en la República de Panamá (necesidad de un Código Procesal Constitucional)”
Sebastián RODRÍGUEZ ROBLES
- “El control de constitucionalidad en el arbitraje”
Jorge A. ROJAS
- “Control jurisdiccional y discrecionalidad administrativa. ¿Por qué juzgar no es administrar?”
José ROLDÁN XOPA
- “La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della «diffusione» e vocazione all «accentramento»”
Antonio RUGGERI
- “La indefensión jurisdiccional del Poder Constituyente y la destrucción de la Constitución”
Carlos RUIZ MIGUEL
- “El proceso integrador del control de constitucionalidad en Colombia (fragmentos)”
Luis Carlos SÁCHICA APONTE
- “Justicia constitucional y amparo en Paraguay”
Jorge SILVERO SALGUEIRO
- “Sobre la jurisdicción constitucional en Argentina”
Gustavo SZARANGOWICZ y Sebastián D. TOLEDO
- “El control constitucional de los reglamentos parlamentarios”
Francisco TORTOLERO CERVANTES
- “La justicia constitucional en el Uruguay. Coordinación de los principios de separación de poderes y sometimiento de toda la normativa a la Constitución”
Leslie VAN ROMPAEY
- “La jurisdicción constitucional en el Perú”
Fernando VIDAL RAMÍREZ

CAPÍTULO VI

CONTROL DIFUSO

- “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional” José de Jesús GUDIÑO PELAYO
- “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión” José Vicente HARO GARCÍA
- “El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como instrumento de interpretación constitucional de jueces de legalidad (posible aproximación a un control difuso de la constitucionalidad de carácter legítimo en México)” Olga SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS

CAPÍTULO VII

CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL

- “Articulación de los medios de control de la constitucionalidad nacionales y locales” Rafael COELLO CETINA
- “La garantía jurisdiccional del municipio en España y México. Estudio comparado” Pedro TORRES ESTRADA y Michael NÚÑEZ TORRES
- “La autonomía del municipio y su defensa constitucional en México y España” Salvador VALENCIA CARMONA

TOMO IV

DERECHOS FUNDAMENTALES Y TUTELA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO VIII

DERECHOS FUNDAMENTALES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

- “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política” Víctor ABRAMOVICH

“Una aproximación a la libertad religiosa en el derecho mexicano”	Horacio AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA
“Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos”	Larry ANDRADE-ABULARACH
“Reflexiones sobre garantías y mecanismos jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos”	Walter ARELLANO HOBELSBERGER
“Límites a las garantías constitucionales”	Sergio ARTAVIA B.
“La función de los derechos fundamentales de las Constituciones estatales mexicanas. Contribución a la teoría de la Constitución estatal”	Daniel A. BARCELÓ ROJAS
“Defensa de la Constitución y estados de emergencia: breves reflexiones conceptuales”	Miguel CARBONELL
“Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region”	Paulo CARDINAL
“La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales”	Marc CARRILLO
“La justicia constitucional estadual en México. La posibilidad de su desarrollo”	Víctor Manuel COLLÍ EK
“La libertad de expresión y algunos de sus límites”	Paula María GARCÍA-VILLEGAS SÁNCHEZ-CORDERO
“Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”	Lucas GIARDELLI, Fernando TOLLER y Juan CIANCIARDO
“Los derechos fundamentales como objeto protegido de la acción de tutela. Una aproximación a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana”	Alexei JULIO ESTRADA
“Los derechos fundamentales y sus garantías constitucionales: el caso español”	Jorge LOZANO MIRALLES

“La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional español”	Andrés OLLERO
“Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”	Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO
“Consideraciones en torno a la configuración y los límites de los derechos fundamentales a partir de la jurisprudencia constitucional española”	Juan Luis REQUEJO PAGÉS
“Sociedad liberal y propaganda del odio racial”	Pedro RIVAS
“Protección constitucional especial: niños, adolescentes y ancianos”	Néstor Pedro SAGÜÉS
“Algunas reflexiones sobre la eutanasia”	José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

CAPÍTULO IX

PROTECCIÓN HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”	Víctor FERRERES COMELLA
“La doctrina de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”	Javier MIJANGOS Y GONZÁLEZ
“Derechos humanos, derecho de la competencia y garantía de los consumidores (protección horizontal)”	Jorge WITKER

CAPÍTULO X

PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

“La jurisdicción constitucional y los derechos imposibles”	Juan Manuel ACUÑA
“Los derechos económicos, sociales y culturales, ¿realidad o ficción?”	Víctor BAZÁN

- “Los derechos sociales en la Constitución de 1917”
 Juventino V. CASTRO Y CASTRO
- “Garantía constitucional a la protección de la salud. Defensa jurisdiccional”
 Gonzalo MOCTEZUMA BARRAGÁN
- “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana”
 Jorge R. ORDÓÑEZ E.
- “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”
 Rodrigo UPRIMNY y Diana GUARNIZO

CAPÍTULO XI

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

- “Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad”
 Edgar CORZO SOSA
- “El reconocimiento judicial del bloque de constitucionalidad. Un estudio con especial referencia al ordenamiento jurídico peruano”
 Carlos HAKANSSON NIETO
- “El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile”
 Humberto NOGUEIRA ALCALÁ
- “Eficacia de los derechos fundamentales contenidos en un tratado internacional: México y España”
 Humberto SUÁREZ CAMACHO
- “Hacia la construcción de un nuevo federalismo judicial mexicano. El artículo 133 de la Constitución federal y la interpretación estatal bloqueada de los derechos fundamentales”
 Sergio Armando VALLS HERNÁNDEZ

TOMO V

JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO XII

EL JUEZ CONSTITUCIONAL

“Algunas acotaciones sobre los poderes de interpretación de los jueces constitucionales a las normas y principios constitucionales. Interpretación jurisprudencial en derecho venezolano”

Alberto BAUMEISTER TOLEDO

“Jueces constitucionales. Un poder incómodo”

Andrés BORDALÍ SALAMANCA

“El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas”

Allan R. BREWER-CARÍAS

“Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional”

Jaime CÁRDENAS

“El juez constitucional como garante de los derechos fundamentales del hombre”

Constancio CARRASCO DAZA

“El juez constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su accionar”

Eloy ESPINOSA-SALDAÑA
BARRERA

“El juez constitucional español: comentarios a un proyecto de reforma”

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA

“Il giudice tra ética, diritto e legge”

Pierfrancesco GROSSI

“Se i giudici creino diritto”

Riccardo GUASTINI

“Juez y Poder Judicial en el Estado de derecho”

Norbert LÖSING

“El poder de los jueces”

Clemente VALDÉS S.

CAPÍTULO XIII

SENTENCIA CONSTITUCIONAL

“Puntos críticos en la ejecución de las sentencias de amparo”	Miguel de Jesús ALVARADO ESQUIVEL
“Los efectos generales en las sentencias constitucionales”	Osmar Armando CRUZ QUIROZ
“Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español”	Francisco Javier DÍAZ REVORIO
“Las sentencias interpretativas o ‘manipulativas’ y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano”	Francisco José EGUIGUREN PRAELI
“¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?”	Gerardo ETO CRUZ
“Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano”	Víctor GARCÍA TOMA
“La trascendencia de las resoluciones de los medios de control constitucional en el sistema jurídico mexicano”	Carlos GONZÁLEZ BLANCO
“Cosa juzgada y control de constitucionalidad”	José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO
“La producción bibliohemerográfica del doctor Héctor Fix-Zamudio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una referencia al marco legal sobre la elaboración y redacción de las sentencias”	Raúl MÁRQUEZ ROMERO
“Sentencia desestimatoria y reversibilidad del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley. Una perspectiva desde el derecho comparado”	Augusto MARTÍN DE LA VEGA

“Análisis del posible efecto extensivo de la sentencia estimatoria de amparo en materia penal a los coacusados no recurrentes”

Fernando MARTÍN DIZ

“Principios en materia de nulidades parciales de resoluciones judiciales”

Jorge W. PEYRANO

“Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo”

Alessandro PIZZORUSSO

CAPÍTULO XIV

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

“Base constitucional de la fuerza vinculante de la razón de la decisión en las sentencias constitucionales”

Jorge ASBUN

“Comentario a la tesis publicada 78/2004 sobre la indemnización establecida en el artículo 289-bis del Código Civil para el Distrito Federal”

Ingrid BRENA SESMA

“La jurisprudencia vinculante del tribunal constitucional”

Luis CASTILLO CÓRDOVA

“Inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público”

Raúl GONZÁLEZ SCHMAL

“El caso «Massa» y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”

Antonio MARÍA HERNÁNDEZ

“¿Los criterios de los tribunales colegiados de circuito en materia de control de constitucionalidad de normas generales pueden integrar jurisprudencia?”

Jorge MEZA PÉREZ

“Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”

Marisol PEÑA TORRES

“¿Objetividad o subjetividad en las resoluciones judiciales? Análisis crítico desde una perspectiva práctica”	Alejandro QUIJANO ÁLVAREZ
“La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional: creación judicial del derecho y eficacia normativa de la jurisprudencia constitucional”	Fernando SILVA GARCÍA
“Precedente e giurisprudenza”	Michele TARUFFO

TOMO VI

*INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN
ELECTORAL*

CAPÍTULO XV

INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

“Hermenéutica constitucional”	José ALMAGRO NOSETE
“Constitución y argumentación”	Manuel ATIENZA
“Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”	Raúl CANOSA USERA
“Panorama sobre la incidencia de la interpretación y la argumentación jurídicas en la aplicación judicial de la Constitución”	Jorge Ulises CARMONA TINOCO
“Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”	Edgar CARPIO MARCOS
“Las colisiones constitucionales y su resolución”	Jesús M. CASAL H.
“Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”	José Luis CASCAJO CASTRO
“Sobre la interpretación de la Constitución”	Rafael DE ASÍS ROIG

“¿Intérpretes múltiples para defender la constitucionalidad de un país complejo?”	Miguel ERAÑA SÁNCHEZ
“La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya”	Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO
“Interpretación constitucional”	Carla HUERTA
“Is it Possible to Speak about the Particular Strategy of the Interpretation of the Constitution?”	Egidijus JARAŠIŪNAS
“La interpretación constitucional: estándares interpretativos”	José F. PALOMINO MANCHEGO
“El juicio de ponderación: reflexiones en torno a su naturaleza”	Pedro SERNA y Luis M. CRUZ
“Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México”	Francisco VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO
“Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”	Rodolfo Luis VIGO

CAPÍTULO XVI

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL

“El Poder Judicial y el derecho internacional de los derechos humanos. El caso del «poeta irreverente»”	Manuel BECERRA RAMÍREZ
“El derecho internacional y el Poder Judicial de la Federación”	Javier DONDE MATUTE
“La relación entre Constitución, tratados y leyes en el sistema jurídico mexicano ante la jurisdicción constitucional”	María Amparo HERNÁNDEZ CHONG CUY
“La jerarquía de los tratados y la incorporación del derecho internacional al nacional”	Ruperto PATIÑO MANFFER

CAPÍTULO XVII

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL

“Las lecciones del Tribunal Electoral a propósito de la nulidad de la elección presidencial”	Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO
“Fallos constitucionales en materia electoral en Argentina”	Alberto Ricardo DALLA VÍA
“Los derechos político-electorales fundamentales y su defensa constitucional al alcance de los ciudadanos”	Ma. Macarita ELIZONDO GASPE-RÍN y José Alfredo GARCÍA SOLÍS
“La reforma del Estado en materia electoral”	Alfredo ISLAS COLÍN
“La defensa de la Constitución y la impugnación de la elección presidencial”	Daniel MÁRQUEZ
“O contencioso eleitoral português”	Jorge MIRANDA
“Las nulidades en materia electoral federal”	Salvador Olimpo NAVA GOMAR
“Criterios del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en torno a la fiscalización de los recursos de los partidos políticos”	Santiago NIETO CASTILLO
“El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal. La igualdad electoral a debate”	Dieter NOHLEN y Nicolas NOHLEN
“La protección de los derechos político-electorales en el federalismo judicial mexicano”	J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ
“El amparo electoral: justicia constitucional y proceso electoral en la práctica del Tribunal Electoral español”	Emilio PAJARES MONTOLÍO
“El recurso de amparo electoral en España”	Pablo PÉREZ TREMPES
“Reflexiones sobre el controvertido «Dictamen relativo al cómputo final de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos» de 2006”	Pedro SALAZAR UGARTE

“El derecho administrativo sancionador electoral y el Estado constitucional y democrático de derecho en las sentencias del Tribunal Electoral”

Juan Carlos SILVA ADAYA

“Reflexiones acerca del juicio de revisión constitucional electoral”

Rodolfo TERRAZAS SALGADO

TOMO VII

PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

CAPÍTULO XVIII

HÁBEAS CORPUS

“El hábeas corpus colectivo. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”

Pedro Juan BERTOLINO

“El *habeas corpus* en Perú. Un análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”

Susana Ynes CASTAÑEDA OTSU

“Sobre el hábeas corpus en España”

José MARTÍN OSTOS

“El fracaso del juicio de amparo en la protección de la libertad personal antes del proceso penal”

Jorge NADER KURI

CAPÍTULO XIX

AMPARO

“La difícil trayectoria de la medida cautelar en el proceso de amparo peruano. Los cambios recientes”

Samuel B. ABAD YUPANQUI

“Procedencia de la acción de amparo o tutela contra providencias judiciales”

Jaime ARAUJO RENTERÍA

“La reciente reforma del proceso constitucional y el recurso de amparo en España”	Lorena BACHMAIER WINTER
“El ‘bioamparo’ argentino como objeto del derecho procesal constitucional”	Walter F. CARNOTA
“La tutela contra sentencias judiciales. El caso de Colombia”	Jaime CÓRDOBA TRIVIÑO
“Cuestiones sobre el recurso de amparo constitucional en España”	Faustino CORDÓN MORENO
“La suspensión del acto reclamado en el proceso de amparo mexicano y la anticipación de la tutela”	Gumesindo GARCÍA MORELOS
“El recurso español constitucional de amparo”	Vicente GIMENO SENDRA
“El derecho de amparo en Honduras conforme la nueva Ley sobre Justicia Constitucional”	Francisco Daniel GÓMEZ BUESO
“O amparo e o mandado de segurança no contexto latinoamericano”	Paulo Roberto DE GOUVÊA MEDINA
“La tutela de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. El derecho uruguayo”	Ángel LANDONI SOSA
“Las medidas cautelares en el juicio de amparo”	Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA
“Amparo adhesivo”	César de Jesús MOLINA
“Las medidas cautelares en el amparo salvadoreño”	Manuel Arturo MONTECINO GIRALT
“Breves reflexiones sobre las funciones del amparo para efectos y las propuestas de su reforma”	Carlos F. NATARÉN
“El régimen de procedencia de la acción de tutela colombiana”	Néstor OSUNA PATIÑO y Juan Carlos UPEGUI MEJÍA
“Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios”	Diego PALOMO VÉLEZ
“Propuesta de reforma a la Ley de Amparo de Nicaragua”	Francisco ROSALES ARGUELLO

“El proyecto de nueva Ley de Amparo (una razón para recordar al doctor Héctor Fix-Zamudio)”	Juan SILVA MEZA
“La expectativa de una nueva «Ley de Amparo»”	Jorge Reinaldo VANOSI
“Involución en amparo constitucional español (la muy reciente reforma del Tribunal Constitucional español introducida por la Ley 6/2007, del 24 de mayo de 2007)”	José Luis VÁZQUEZ SOTELO
“Las circunstancias políticas y sociales al momento del reconocimiento del amparo en Argentina. Una relectura de los casos «Siri» y «Kot»”	Alejandro C. VERDAGUER
“El juicio de amparo, el gran olvidado en la transición democrática mexicana”	Arturo ZALDÍVAR

CAPÍTULO XX

HÁBEAS DATA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

“La protección de datos y las comunicaciones electrónicas”	Miguel Ángel DAVARA RODRÍGUEZ
“Transferencias internacionales de datos personales: su protección en el ámbito del comercio internacional y de seguridad nacional”	Lina ORNELAS NÚÑEZ y Edgar- do MARTÍNEZ ROJAS
“Protección de datos personales y acceso a la información del Poder Judicial de la Federación”	Valeriano PÉREZ MALDONADO
“Apuntes sobre el derecho, la acción y el proceso de hábeas data a dos décadas de su creación”	Oscar R. PUCCINELLI

CAPÍTULO XXI

OMBUDSMAN Y PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE LA SUPREMA CORTE

“Prospectiva del procedimiento no jurisdiccional de protección a los derechos humanos”	Emilio ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA
“Defensa y promoción de los derechos humanos y universitarios en la UNAM”	Leoncio LARA SÁENZ
“Procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”	Carlos A. MORALES-PAULÍN
“El <i>ombudsman</i> indoamericano”	Hernán Alejandro OLANO GARCÍA
“La ampliación de las facultades de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”	Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA

TOMO VIII

PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

CAPÍTULO XXII

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LEYES

“El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas”	Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ
“Semblanza de la acción de inconstitucionalidad y su relación con el derecho procesal constitucional en México y España”	Mónica BELTRÁN GAOS
“La acción declarativa originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires”	Roberto Omar BERIZONCE
“La acción abstracta de inconstitucionalidad”	Joaquín BRAGE CAMAZANO

“Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952)”	Mario CAJAS SARRIA
“Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad española”	Hugo Augusto DÍAZ-ESTÚA AVELINO
“«Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges». Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)”	Francisco FERNÁNDEZ SEGADO
“Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes”	Ana GIACOMETTE FERRER
“Pasado y futuro de la anulación de las leyes según el Acta de Reformas (1847-1857)”	Manuel GONZÁLEZ OROPEZA
“El objeto de control constitucional en el proceso abstracto de constitucionalidad de la ley en México y España”	Iván Carlo GUTIÉRREZ ZAPATA
“I rapporti tra giudici comuni e Corte Costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l’esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale”	Roberto ROMBOLI
“La presunción de constitucionalidad”	Ruben SÁNCHEZ GIL
“Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia”	Gustavo ZAGREBELSKY

CAPÍTULO XXIII

CONFLICTOS ENTRE PODERES Y ÓRGANOS DEL ESTADO

“Veto al presupuesto y dogmática constitucional. Un comentario a propósito de la controversia constitucional 109/2004”	Arturo BÁRCENA ZUBIETA y Alfonso HERRERA GARCÍA
--	--

“La competencia constitucional necesaria y contingente en el Estado federal mexicano. Sus implicaciones en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad”	Germán CISNEROS FARÍAS
“La fundamentación en las controversias constitucionales”	José Ramón COSSÍO DÍAZ
“La controversia constitucional: piedra angular de la justicia constitucional en la era de los gobiernos divididos y el renacimiento del federalismo en México”	Francisco José DE ANDREA S.
“Conflictos entre poderes del Estado: la jurisdicción constitucional”	Matthias HERDEGEN
“Las controversias constitucionales como medio de control constitucional”	Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ

CAPÍTULO XXIV

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA

“La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México”	Carlos BÁEZ SILVA y David CIENFUEGOS SALGADO
“El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”	Laura M. RANGEL HERNÁNDEZ
“Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”	Luis Gerardo SAMANIEGO SANTAMARÍA

CAPÍTULO XXV

JUICIO POLÍTICO Y FUERO PARLAMENTARIO

“Algunos aspectos procesales del juicio político”	Elisur ARTEAGA NAVA
“Inhabilitación y juicio político en Argentina”	Eugenio Raúl ZAFFARONI y Guido RISSO

“Fuero parlamentario y nuevo Código
Procesal Penal”

Francisco ZÚÑIGA URBINA

CAPÍTULO XXVI

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

“Patología del proceso de reforma. So-
bre la inconstitucionalidad de una en-
mienda en el sistema constitucional de la
Argentina”

Raúl Gustavo FERREYRA

“Sobre los límites de las reformas consti-
tucionales: a propósito de tres acciones
de inconstitucionalidad recientes”

Imer B. FLORES

“El control de constitucionalidad de los
procedimientos de modificación consti-
tucional”

Rubén HERNÁNDEZ VALLE

CAPÍTULO XXVII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

“La responsabilidad patrimonial del es-
tado en Colombia como garantía consti-
tucional”

Juan Carlos ESGUERRA PORTO-
CARRERO

“Sobre la responsabilidad patrimonial
del Estado como autor de una ley decla-
rada inconstitucional”

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

“Responsabilidad administrativa, Cons-
titución y derechos fundamentales”

Ernesto JINESTA L.

TOMO IX

DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

CAPÍTULO XXVIII

DERECHO INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
TRANSNACIONAL

- “Normas internacionales y jurisprudencia sobre independencia judicial”
Alirio ABREU BURELLI
- “Los tratados internacionales como Constitución. Notas sobre la dimensión transnacional del derecho procesal constitucional en México”
José Luis CABALLERO OCHOA
- “Los derechos humanos en la historia de África”
Jean CADET ODIMBA
- “La atribución de poder gubernamental según el modelo común de la Unión Europea (1979-2004)”
Jean-Claude COLLIARD
- “América Latina: ¿esperanza?”
Luis T. DÍAZ MÜLLER
- “¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)”
Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA
- “Prisión preventiva en México. Estándares desarrollados por la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos”
Juan Carlos GUTIÉRREZ
- “Interés jurídico respecto de reglas de *ius cogens*”
Juan de Dios GUTIÉRREZ BAYLÓN
- “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”
Juan Carlos HITTERS
- “El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos”
Florentín MELÉNDEZ

“Controles de convencionalidad de las leyes”

Ernesto REY CANTOR

“El derecho constitucional de los derechos humanos”

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

CAPÍTULO XXIX

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

“Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana y su ejecución”

Carlos M. AYALA CORAO

“Reflexiones sobre el instituto de las medidas cautelares o provisionales de protección: desarrollos crecientes en el plano internacional”

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

“La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”

Christian COURTIS

“Héctor Fix-Zamudio: la defensa de los derechos humanos. Reflexiones sobre la Corte Interamericana”

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

“Justicia interamericana y tribunales nacionales”

Diego GARCÍA-SAYÁN

“Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”

Adelina LOIANNO

“La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia la derecho argentino”

Pablo Luis MANILI

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los familiares de las víctimas”

Cecilia MEDINA QUIROGA

- “Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la legislación interna: el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos”
Karla I. QUINTANA OSUNA
- “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional”
María Sofía SAGÜÉS
- “Derecho procesal constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”
Hernán SALGADO PESANTES
- “El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”
Manuel E. VENTURA ROBLES

CAPÍTULO XXX

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- “L’efficacia diretta delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”
Paolo BIAVATI
- “La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión”
Juan María BILBAO UBILLOS
- “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa”
Rafael BUSTOS GISBERT
- “La imparcialidad judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”
Juan MONTERO AROCA
- “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”
Pablo MORENILLA ALLARD

“El derecho a la asistencia jurídica gratuita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”

Miguel REVENGA SÁNCHEZ

CAPÍTULO XXXI

CORTE PENAL INTERNACIONAL

“La complementariedad de la Corte Penal Internacional y la relatividad del efecto de cosa juzgada interna”

Lorenzo M. BUJOSA VADELL

“Un estudio comparado de las inmunidades de los jefes de Estado en las Constituciones de América Latina frente a la Corte Penal Internacional”

Alberto Luis ZUPPI

CAPÍTULO XXXII

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

“Las medidas cautelares (provisionales) en los tribunales internacionales. El caso de la Corte Internacional de Justicia y el medio ambiente”

Héctor GROS ESPIELL

“El caso Avena y otros. El derecho a la información consular de los detenidos en el extranjero, con particular referencia a los sentenciados a muerte. La controversia México-Estados Unidos en la Corte Internacional de Justicia”

Ricardo MÉNDEZ-SILVA

TOMO X

TUTELA JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO XXXIII

DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL

“Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. La (nuova) tutela provvisoria di merito e le garanzie costituzionali del «giusto processo»”

Italo AUGUSTO ANDOLINA

“La tutela judicial del empleado frente al llamado *mobbing* (algunas consideraciones sobre los mecanismos judiciales de protección constitucional y ordinaria frente al acoso moral en el trabajo)”

José BONET NAVARRO

“Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione”

Sergio CHIARLONI

“El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina”

Eduardo OTEIZA

“Tutela judicial en Centroamérica”

Luis Fernando SOLANO C.

“Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española): obligatoriedad de una segunda instancia penal y exigencia de inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas por el órgano de apelación. Las sentencias del Tribunal Constitucional 70/2002 y 167/2002”

Isabel TAPIA FERNÁNDEZ

CAPÍTULO XXXIV

ACTUALIDAD PROCESAL

“La imparcialidad judicial”

Adolfo ALVARADO VELLOSO

“A constitucionalizaçã do processo no direito brasileiro”

José Carlos BARBOSA MOREIRA

“La procesalización del derecho constitucional en Colombia”	Ramiro BEJARANO GUZMÁN
“Tesis ecléctica sobre las teorías modernas de la acción (armonía entre concretas y abstractas)”	Luis Alfredo BRODERMANN FERRER
“Enseñanza-aprendizaje del derecho procesal con los principios del constructivismo”	Rodolfo BUCIO ESTRADA
“A New Perspective in the Relationship Between Ordinary Judges and Arbitrators in Western Europe Legislations”	Federico CARPI
“The Jury Trial: English and French Connnections”	Wouter L. DE VOS
“Provisional Relief in a Comparative Perspective”	Konstantinos D. KERAMEUS
“Derecho internacional procesal”	Gualberto LUCAS SOSA
“Proceso y prisión en la codificación española”	Víctor Moreno CATENA
“¿Activismo o garantismo judicial?”	Carlos PARODI REMÓN
“¿Qué es realmente la intermediación?”	Jairo PARRA QUIJANO
“Princípios processuais e princípios de direito administrativo. No quadro das garantias constitucionais”	Ada PELLEGRINI GRINOVER
“¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?”	Francisco RAMOS MÉNDEZ
“Laïcisation de la justice?”	Marcel STORME
“Las modernas tendencias del derecho procesal”	Gonzalo URIBARRI CARPINTERO
“Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares en los procesos contra la administración pública”	Carlos A. VALLEFÍN
“Accesso alla giustizia, ADR, prospective”	Vincenzo VIGORITI

CAPÍTULO XXXV
PRUEBA

- “Garantías constitucionales y prueba” Roland ARAZI
“El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español” Joan PICÓ I JUNOY

CAPÍTULO XXXVI
DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

- “Constitutional norms of civil procedure as reflected in the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure” Stephen GOLDSTEIN
“El derecho procesal civil internacional en las Convenciones de la Haya y de la CIDIP. El caso de México” Nuria GONZÁLEZ MARTÍN y Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ
“Bases constitucionales para el proceso civil en Iberoamérica” José OVALLE FAVELA

TOMO XI

JUSTICIA, FEDERALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO XXXVII
ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA

- “Mirando a los que miran: rendición de cuentas del Poder Judicial, perspectivas y paradojas” Karina ANSOLABEHERE
“La administración de justicia como sistema de protección y amparo” José BARRAGÁN BARRAGÁN
“Luz digital para la procuración de justicia” Luis DE LA BARRERA SOLÓRZANO

“La doble presidencia de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal, una asignatura pendiente”

Mario MELGAR ADALID

“El Consejo Superior de la Judicatura de Colombia”

Julio César ORTIZ GUTIÉRREZ

“La acción 21. El rediseño del Poder Judicial de la Federación”

Emilio RABASA GAMBOA

“Derechos humanos y administración de justicia. A propósito de la personalidad del juez en la determinación de lo justo”

Javier SALDAÑA

CAPÍTULO XXXVIII

ESTADO FEDERAL Y AUTONÓMICO

“La construcción del Estado autonómico”

Manuel ARAGÓN REYES

“La reforma del Estado autonómico”

Javier PÉREZ ROYO

“Unitary and Federal States: Historical and Political Perspectives”

Hans-Peter SCHNEIDER

“Diversas tendencias de reforma del modelo de Estado descentralizado en Alemania y en España”

Carlos VIDAL PRADO

“La expansión de recursos judiciales en las Constituciones de las entidades federativas de los Estados Unidos: ¿algunas lecciones para México?”

Robert F. WILLIAMS

CAPÍTULO XXXIX

ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL

“José María Lafragua. Biografía de un jurisconsulto humanista”

Adriana BERRUECO GARCÍA

“La reforma constitucional”

Ernesto BLUME FORTINI

“Do ocaso do regime representativo à aurora da democracia participativa”

Paulo BONAVIDES

“Constructivismo jurídico fáctico y elicitación del conocimiento en el proyecto Conacyt-III-CCADET-STJT”	Enrique CÁCERES NIETO
“Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada reforma del Estado”	Jorge CARPIZO
“La salvaguarda de los valores superiores. Evolución de la protección constitucional de los valores republicanos en México: 1812-2007”	José de Jesús COVARRUBIAS DUEÑAS
“Arbitraje y Constitución en España”	Pedro CRUZ VILLALÓN
“Revisitação a um provedor de cidadania em Cabo Verde: depois da constitucionalização, da lei estatutária, ainda à espera... de provedor”	Jorge Carlos FONSECA
“Notas sobre el sistema presidencial mexicano”	José GAMAS TORRUCO
“El Estado constitucional de derecho y los derechos humanos”	Raymundo GIL RENDÓN
“«Auctoritas» universale e pluralità di «potestates» nel mondo medievale”	Paolo GROSSI
“Constitutionalistas vs. administrativistas. Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado”	Diego LÓPEZ MEDINA
“L’aplicació directa de les normes constitucionals”	Antoni LÓPEZ MONTANYA
“Transizioni costituzionali e consolidamento democratico in Asia agli albori del XXI secolo”	Luca MEZZETTI
“La reforma al formato del informe presidencial ¿parálisis o autismo legislativo?”	Cecilia MORA-DONATTO
“La fuerza de la cotidianeidad en el derecho y la justicia”	José Ramón NARVÁEZ
“Economía y administración en la Constitución Española”	Luciano PAREJO ALFONSO

“Los convencionalismos de la Constitución de 1917”	José Luis PRADO MAILLARD
“La construcción del concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen: su continuidad teórica”	Ulises SCHMILL
“Poder Judicial y gobierno de gabinete”	José Ma. SERNA DE LA GARZA
“Estado de derecho, imperio del derecho y debido proceso ante la transición política mexicana en los albores del siglo XXI”	Dora María SIERRA MADERO
“Principios en derecho económico-constitucional”	Jean Claude TRON PETIT
“La formación del sistema presidencial latinoamericano. Un ensayo de cultura constitucional”	Diego VALADÉS

TOMO XII

*MINISTERIO PÚBLICO, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y
ACTUALIDAD JURÍDICA*

CAPÍTULO XL

MINISTERIO PÚBLICO Y DERECHO PENAL

“Interpretación funcionalista social del cuerpo del delito”	Enrique DÍAZ-ARANDA
“Precisiones sobre el principio de legalidad”	Edgardo Alberto DONNA
“Cuestiones relevantes del Ministerio Público. Su autonomía”	Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
“El derecho penal económico del sistema monetario y financiero: ¿hacia un derecho penal del enemigo?”	Eduardo JORGE PRATS
“¿Estamos capacitando adecuadamente a nuestros agentes del Ministerio Público?”	Gerardo LAVEAGA

“El protagonismo directivo en la instrucción, el Ministerio Fiscal y el modelo procesal penal”	Andrés de la OLIVA SANTOS
“El Ministerio Público”	Miguel OTERO LATHROP
“Naturaleza del Ministerio Público y de sus funciones”	Hugo PEREIRA ANABALÓN
“La imputación acusatoria en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado en España”	María Amparo RENEDO ARENAL

CAPÍTULO XLI

DERECHO (CONTENCIOSO) ADMINISTRATIVO

“El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano”	Jorge DANÓS ORDÓÑEZ
“Ejecución de la sentencia anulatoria. Una mirada al derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo”	Augusto DURÁN MARTÍNEZ
“El reconocimiento del derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana”	Genaro David GÓNGORA PIMENTEL
“El proceso contencioso administrativo en Uruguay”	Jaime GREIF
“Lo contencioso administrativo, ejemplo difícil para el constitucionalismo mexicano”	Andrés LIRA GONZÁLEZ
“Observaciones sobre el régimen legal vigente de las concesiones administrativas en Cuba”	Andry MATILLA CORREA
“Vida, pasión y muerte del derecho administrativo: en pos de su necesaria resurrección”	Humberto QUIROGA LAVIÉ
“Naturaleza y contenido esencial de la propuesta de Ley Reguladora de la Actividad de la Administración y su Control por los Tribunales”	Olivo A. RODRÍGUEZ HUERTAS

CAPÍTULO XLII

DERECHO DE LA INFORMACIÓN

“El derecho a la información como derecho fundamental en la Constitución Española”

Cynthia CHANUT ESPERÓN

“Publicidad de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos: una reflexión comparativa”

Ernesto VILLANUEVA

CAPÍTULO XLIII

DERECHO FISCAL

“Alcance de los principios materiales de justicia tributaria en el sistema tributario mexicano: la capacidad contributiva, la igualdad y la proporcionalidad tributaria”

Marco César GARCÍA BUENO y
Gabriela RÍOS GRANADOS

“Interpretación de la materia tributaria en México”

Manuel L. HALLIVIS PELAYO

CAPÍTULO XLIV

DERECHO INDÍGENA

“El primer juicio de amparo en lengua indígena: los idiomas del derecho en el México pluricultural del siglo XXI”

Jorge Alberto GONZÁLEZ GAL-
VÁN

“Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento”

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS

“El Convenio 169 en la legislación mexicana: impacto y perspectivas”

José Manuel LASTRA LASTRA

“Legalidad y legitimidad del sistema jurídico indígena en el marco del pluralismo jurídico”

José Emilio Rolando ORDÓÑEZ
CIFUENTES

CAPÍTULO XLV
DERECHO LABORAL

- “Las reglas constitucionales en el proceso laboral y sus consecuencias”
Néstor de BUEN LOZANO
- “La inspección: instrumento de cumplimiento de derechos humanos en el trabajo”
Patricia KURCZYN VILLALOBOS
- “Hacia una definición de los derechos fundamentales en el trabajo y su exigibilidad”
Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

CAPÍTULO LXVI
DERECHO PRIVADO, INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES

- “El criterio de revisión y el derecho supletorio en los procedimientos de revisión de las resoluciones antidumping del capítulo XIX del TLCAN”
Óscar CRUZ BARNEY
- “Breve aproximación a la problemática jurídica del comercio y la contratación electrónicos, y la firma electrónica en particular”
Isabel DAVARA F. DE MARCOS
- “La constitucionalidad del derecho mercantil y sus procedimientos”
Elvia Arcelia QUINTANA
ADRIANO
- “La regulación jurídica de la videovigilancia bajo una perspectiva de derecho comparado”
Julio TÉLLEZ VALDÉS

La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo V. *Juez y sentencia constitucional*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 18 de agosto de 2008 en Formación Gráfica, S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, 57630 Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se usó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares.