CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA GENERAL DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1. Proemio

1.1. Con este ensayo nos proponemos determinar la naturaleza jurídica de la llamada "sentencia constitucional". Concepto que puede despertar confusiones inmediatas en los países donde el control de constitucionalidad lo tienen todos los jueces, de modo que al aplicar en sus decisiones el principio de la supremacía y el deber de controlar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales, cualquier sentencia sería constitucional por sus efectos.

Pero, en lugares donde el control de constitucionalidad es *concentrado*, el desconcierto es menor porque la sentencia que profiera el Tribunal (político o jurisdiccional) será constitucional por esencia, y derivación directa de la teoría del órgano, que define la naturaleza de la decisión por la institución de la que proviene.

Inclusive puede ocurrir que el sistema permita que sean tribunales especiales y jueces ordinarios los que fiscalicen el cumplimiento de la Norma Fundamental, supuesto en los que la naturaleza constitucional de la sentencia podrá ser compartida.

Aún más, en los llamados procesos constitucionales (amparo, hábeas data, hábeas corpus, acción de cumplimiento, acción popular, etc.) la sentencia dictada, lógicamente también sería "constitucional", en este caso por el tipo de procedimiento, así como por los efectos y alcances del pronunciamiento.

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

1.2. La cuestión siguiente reposa en la construcción de la sentencia. En primer plano queda de manifiesto que es diferente de una decisión común donde la razón del derecho se divide en ganadores y perdedores. Aquí no se focaliza la persona y la cuantía de su argumento fundado, porque la mirada se pone en el derecho constitucional afectado, de manera que la bilateralidad de testimonios puede quedar solapada por la aplicación de principios propios y específicos de la interpretación constitucional.

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

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

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

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

En este espacio la desigualdad entre el control de constitucionalidad difuso que resuelve solamente en y para casos concretos, se distancia del modelo concentrado que

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

puede remediar en abstracto (modelo Kelseniano) y con proyecciones hacia todos; e inclusive trabajar en casos donde la eficacia expansiva de la sentencia se puede aplicar a la generalidad de un grupo o sector.

Es notable lo resbaladizo del suelo en este terreno, porque no toda Latinoamérica ha diseñado un modelo apropiado de proceso colectivo[2] que es acorde con el tipo de sentencia a disponer.

Comprende el problema la más autorizada doctrina cuando sostiene […]

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

---

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

[3] Fix Zamudio, Héctor – Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 30, UNAM-Porrúa, México, 2009, p. 10.

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

2. Fines y objetivos de la sentencia constitucional

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

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

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

2.2. Es en este territorio donde se ha de definir si la sentencia constitucional es creadora o recreativa de derechos; o si construye en los principios generales una nueva fuente de recurrencia; ¿será de naturaleza política?, en fin, estos y otros interrogantes se abren en el capítulo inicial de planteos a desarrollar.

> Díaz Revorio, en una obra que puede quedar afincada entre los clásicos de la materia, señala que no son menores estos problemas, y más aún cuando se trata de entender que el objeto del control es únicamente la norma.

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

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

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

En un sistema de control difuso está diluida esta posibilidad, pero en los modelos de control jurisdiccional concentrado, y también en los sistemas políticos, propiamente dichos, como son los tribunales europeos, la posibilidad deja de ser una expectativa, pues se encuentran muchas resoluciones de tal carácter y condición.

2.3. Asimismo el objetivo de dar eficacia al control de constitucionalidad no se desentiende de la virtud que se

[4] Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 44, UNAM –Porrúa, México, 2011, ps. 19/20.

pretende propia en la actividad del órgano (juez o tribunal). De allí que no siempre es factible deducir una sentencia sin el proceso que le antecede.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

3. Elaboración técnica y argumental

3.1. También la elaboración técnica de una sentencia filtra cuestiones de menor formalidad pero de mayor trascendencia. La ideología, en una sentencia constitucional, es un tema inocultable, donde no son únicamente consideraciones dogmáticas las que fluyen, al poder cimentar los

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

fundamentos con la impronta de los hechos; o el crédito de la doctrina; o la influencia del precedente; cuando no en motivaciones políticas o de interpretación pura que, todas ellas, demuestran la necesidad de abordar esta faceta.

En efecto, en Argentina se puede ver, como ejemplo, cuánto significa este deber de razonabilidad. El art. 17 de la Constitución dice que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de *sentencia que debe fundarse en ley* [...]. Por su parte, el art. 18, esquematiza el derecho de defensa en juicio dando la siguiente garantía: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso* [...]".

En nuestra historia, el deber de fundamentación es una condición para la validez de las sentencias;[8] para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto;[9] y es inconstitucional aquella que carece de toda motivación, o si la tiene, cuando es aparente o insustancial. La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa.

3.2. Ahora bien, apoyar la razón de una sentencia en la ley puede ser genuino pero no asegura la legalidad constitucional de cuanto se resuelva. Por eso, actualmente, la legislación comparada proclama un derecho fundamental más amplio, destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa. En España, son partes del derecho a la tutela judicial efectiva que se ensancha con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el juez. De este modo se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía.[10]

Cuadrar la diferencia supone esclarecer cuánto significa *fundar* una sentencia en ley (de modo que si la ley se

[8] Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Fallos) 274:260; 283:86: 295:95, entre otros.

[9] Fallos 244:521; 259:55.

[10] Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 355.

aplica no hay conflictos eventuales) respecto a *motivar* la decisión (que radica el fundamento en el aporte de razones). La distancia puede ser importante teniendo en cuenta que los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias.

> Atienza Rodríguez señala que ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos cuando: 1°) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2°) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3°) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4°) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento.[11]

3.3. Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, se ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

En conjunto, es un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía se apunta también a un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

3.4 Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instan-

[11] Atienza Rodríguez, Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27 (septiembre/diciembre 1989), p. 32.

cias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

3.5. En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.

> Dice Ruiz Lancina que, cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de aplicación ya que éste supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales.[12]

Inmediatamente, la obligación de explanar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes: a) como

[12] Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas, página web, 2002.

deber de los jueces al resolver; b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos; c) como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley; d) como salvaguarda para la independencia judicial, y e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

3.6. Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el "derecho al plazo razonable", el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

Inclusive, existen problemas ocasionales como la motivación de las sentencias en los procesos orales, que aun siendo posible emitirlas verbalmente ("*in voce*"), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produzca la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida.

3.7. Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

4. Modelos de implementación

4.1. El juez constitucional, sin importar el modelo previsto para el control, afronta con los cuestionarios antedichos un problema de redacción y elaboración. El primer punto que debe superar es la guía que aportan los códigos

procesales, los que suelen dividir el pronunciamientos en las clásicas tres partes de resultandos, considerandos y parte dispositiva o fallo propiamente dicho.

Esta puede ser una pauta útil, que al llegar al estadío de la decisión puede incurrir en ambigüedades respecto del ritual de resolver, en forma positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte.

Así lo expresa el art. 163 inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (código federal), pero la previsión se dirige a los procesos comunes, donde no tienen cabida los procesos constitucionales que suelen tener leyes especiales, que aplican dicho ordenamiento adjetivo en forma accesoria.

Claro está que la supletoriedad dispuesta puede comprender el modelo de elaboración y expresión de la sentencia; lo que sucede es que una sentencia constitucional tiene permisos diferentes que muestran así una asimetría notoria.

4.2. Las distancias se evidencian desde el comienzo. Un proceso constitucional tiene diluida la bilateralidad procesal cuando la tarea específica es el control de constitucionalidad que, de algún modo, no tiene en cuenta el interés particular ni las pretensiones expuestas.

De mayor claridad es el proceso en cuestiones de interpretación consultiva, o en abstracto, donde no hay partes en sentido procesal. No hay pretensiones ni posiciones, solo interpretación y declaración.

Podemos aceptar que ciertos procesos constitucionales como el amparo contra actos de particulares pueda quedar encuadrado en el litigio que se debe resolver con las formas del juicio controversial, donde uno gane y el otro pierda; pero aun así, la forma de expresar la aplicación del derecho no sigue el principio de congruencia estricto (es decir, lo que cada parte plantea como suyo) toda vez que se puede modalizar la decisión, darle un alcance distinto (eficacia expansiva de la sentencia) o abrir un compás de

espera para que reviertan los hechos, o el acto lesivo se pueda reconducir con la actividad legislativa (sentencia exhortativa).

4.3. Lo mismo sucede con otra característica derivada de la contradicción técnica (derecho a oír a todas las partes antes de resolver). Un proceso constitucional, sin mirar el objeto que la demanda persiga (es decir, si quiere la declaración de inconstitucionalidad, la reparación de un derecho afectado o la prevención de perjuicios ante una amenaza cierta) siempre atiende la calidad del derecho fundamental cuya lesión o eventual vulneración se manifiesta; de allí que gráficamente hemos dicho que, cuando se golpea a las puertas de un juez constitucional, el interrogante que planteará para permitir la entrada a su fuero, no será ¿quién es? Sino ¿qué quiere?

Vale decir, no atenderá las cuestiones de legitimación procesal (derechos o intereses del que pide) sino la entidad de las garantías individuales o colectivas que se perturban (derecho constitucional afectado). En otras palabras, los juicios constitucionales miran la Constitución; los procesos comunes al código procesal.

Por eso, cuando se elabora la sentencia el resultado no debe conducir necesariamente a darle razón a uno u otro, porque la declaración no pretende zanjar un conflicto, sino conseguir la eficacia del derecho constitucional o de raigambre convencional.

4.4. Al postergar en las prioridades del proceso, las preferencias de quienes litigan, para darle prelación al principio de supremacía constitucional, suben al escenario dos temas esenciales: las *formas* y la *sustancia*.

Las primeras resolverán el modo de construir una sentencia constitucional; las otras, referirán a los modelos de fundamentación. Podrán llegar de la *razón suficiente,* que se apoya en el análisis deductivo de los hechos con relación al derecho aplicable; o en su caso, se basarán en argumentos de cobertura supletoria o accidental, que se instalan en la parte de motivaciones destinadas a conseguir la reflexión

del sujeto violador; o para hacer apostillas que sin resultar imprescindibles para fundamentar la decisión, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

> García Tomá afirma que [...] la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad apunta a orientar la labor de los operadores del Derecho mediante la manifestación de criterios que puedan ser utilizados en la interpretación que estos realicen en los procesos a su cargo: amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.[13]

4.5. En todo este amplio espacio de la arquitectura de sostén para una decisión diferente al modelo tradicional de la sentencia, se obtienen áreas singulares que trascienden cuanto responde al pronunciamiento definitorio. No solo es la sentencia de valor ejecutivo la que se designa, sino también, todo aquello que se desprende con autonomía del fallo alcanzado.

Es el tiempo de los llamados "*obiter dictum*" o de la "*ratio esendi*" o, también de la "*ratio decidendi*" que son expresiones latinas que se formulan como integrantes y significan algo más que una parte del cuerpo del decisorio.

El *obiter dicta*, es lo que se dice fuera de contexto, pero con una fuerte vinculación a consecuencias previsibles o que se quieren expresar de paso en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del argumento jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa que se decide.

---

[13] García Tomá, Víctor, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f, p. 34.

El *obiter dicta*, no tiene fuerza vinculante y como se expresó, constituye criterio auxiliar de interpretación.[14]

En cambio la *ratio decidendi* son argumentos de la motivación; hacen al fundamento central que elude la pura discreción o la arbitrariedad de quien resuelve. No son justificativos, sino razones de fondo que obligan a expresarlas para darle sentido justo a la sentencia constitucional.[15]

5. Cosa juzgada constitucional

5.1. La sentencia constitucional es mucho más que una decisión para las partes. Es un mensaje al legislador, una fuente de derechos donde podrán abrevar nuevas conjeturas, o una decisión que por su fuerza vinculante tendrá efectos normativos.

Pero la llamada "cosa juzgada constitucional" no se relaciona tanto con la sentencia como con el modelo de control que se tenga. En Colombia, donde existe control concentrado, el art. 243 inciso 1° de la Constitución Política dice que […]: "*Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*".

> Como dispone el artículo 243 de la Constitución, en concordancia con los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, el efecto de cosa juzgada también se predica de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta. En el contexto del control constitucional de las leyes, la cosa juzgada propende por la seguridad jurídica y el respecto de la confianza legítima, en la medida en que evita que se reabra el juicio de constitucionalidad de una

[14] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: C-241/10.

[15] La *ratio decidendi*, corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la "formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. '(…) La *ratio decidendi* está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por "los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva", sin los cuales "la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento" (Sentencia C-241/10, citada *ut supra*).

> norma ya examinada y que una disposición declarada inexequible sea reintroducida en el ordenamiento jurídico. Además, contribuye a racionalizar las decisiones de la Corporación, puesto que exige que sus decisiones sean consistentes y hagan explícita la *ratio decidendi*, así como su fundamento constitucional […].
>
> Para que pueda hablarse de la existencia de cosa juzgada en estricto sentido, es preciso que la nueva controversia verse (i) sobre el mismo contenido normativo de la misma disposición examinada en oportunidad previa por la Corte Constitucional, y (ii) sobre cargos idénticos a los analizados en ocasión anterior. La identidad de cargos implica un examen tanto de los contenidos normativos constitucionales frente a los cuales se llevó a cabo la confrontación, como de la argumentación empleada por el demandante para fundamentar la presunta vulneración de la Carta; mientras la identidad de contenidos normativos acusados demanda revisar el contexto normativo en el que se aplica la disposición desde el punto de vista de la doctrina de la Constitución viviente. Existen eventos en los que en apariencia una controversia constitucional es similar a otra ya analizada por la Corte, pero que examinada más a fondo contiene diferencias desde alguna o las dos perspectivas anteriores, que hacen imposible hablar de la presencia de cosa juzgada en sentido estricto. Ejemplo de esos casos son los que la Corte ha clasificado bajo doctrinas como la de la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada aparente, entre otras.[16]

En cambio, otras legislaciones son más cautelosas merced al efecto normativo antes referido. Se prefiere no hablar de los resultados que la sentencia proyecta para resguardarse en los efectos previstos de la cosa juzgada.

Es decir, esta institución se puede ver como un modelo procesal destinado a evitar que se reiteren situaciones ya juzgadas, donde por las partes (límites subjetivos) o por el objeto (límites objetivos), quedará planteada una inhibición para futuras reyertas.

---

[16] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-220/11.

5.2. Al mismo tiempo, se puede tomar de la sentencia constitucional una cosa juzgada de tipo dispositivo general. Cuánto se haya resuelto y ordenado ejecutar tiene un alcance "*erga omnes*" que adquiere una notoria capacidad preceptiva. Sea cuando la disposición construye una nueva fuente de derechos o recrea los existentes bajo la forma de una sentencia constitucional propiamente dicha; o cuando deniega la vía, en cuyo caso, el acuse de inconstitucionalidad, o de ilegitimidad, o en su caso de ilegalidad, quedará obturado por la imposibilidad de replanteo.

Como este es un riesgo que muchos no quieren correr, algunas reglamentaciones prescriben efectos distintos. En Perú la sentencia que hace lugar se publica en el boletín oficial (El Peruano) y al día siguiente la norma queda sin efecto; pero cuando se trata de referir a la cosa juzgada constitucional, la definición no coincide al despojarla del mismo efecto cuando se trata de sentencias denegatorias. Lo mismo sucede desde otra perspectiva con el rango que se le asigna al pronunciamiento, porque su trascendencia se vincula con la interpretación conforme y reiterada que consiga concretarse en un precedente vinculante para el ordenamiento jurídico.

Similar planteo se desprende del derecho comparado, en los cuales la particularidad de la cosa juzgada constitucional se limita en las denegatorias que permiten revisiones constantes, sin importar los límites ya referidos de personas u objetos.

> Algunos argumentan que tratándose del control abstracto de normas resulta aún más cuestionable la existencia de la cosa juzgada. Donde no hay verdaderas partes, dado que los recurrentes son simples órganos políticos sin personalidad. No hay un conflicto de hecho entre éstas. No puede aplicarse a la sentencia absolutoria la institución en análisis, ya que ésta dice relación con una situación concreta e individualizada. Sería simplemente una interpretación de la ley. Luego, nunca una sentencia cierra el paso a otra ulterior, ya que puede interpretar la ley de manera distinta.[17]

[17] Fernández, Tomás Ramón y García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Cívitas, Madrid, 1992, p. 153.

Esta cuestión permite traer al ruedo el concepto de eficacia temporal de la cosa juzgada y su intrínseca relatividad como esquema a permanecer intangible e inmutable cuando el tiempo y las circunstancias lo inciden de manera directa.

5.3. Países de control difuso puro como Argentina, no razonan ni reconocen una cosa juzgada que no sea estrictamente procesal. No se admite proyecciones normativas, porque las sentencias resuelven solamente en casos concretos, y cuando se dispone un efecto expansivo de la cosa juzgada, no suele asignarse la calidad de "*erga omnes*" (para todos) sino para el grupo o sector afectado (incidencia colectiva que permite reconocer la identidad de cada perjudicado).

Este primer aspecto de la cosa juzgada tomada como valor normativo, entonces, queda inerte ante el régimen constitucional imperante.

Sin embargo, el aspecto procesal tiene fuertes resistencias apenas se ve en la cosa juzgada un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica, o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia, sino en todo caso una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos], parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en tal derecho [de propiedad]. En materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la cosa juzgada en beneficio de la persona condenada. Tanto a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, como a través de una regulación creciente-

mente amplia del recurso de revisión contra las condenas y mediante otras manifestaciones como la unificación de condenas dictadas en causas distintas, no mediante su acumulación aritmética sino mediante el denominado sistema de composición, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido excepciones a la "intangibilidad" de lo sentenciado, en los que relativizó el efecto de la cosa juzgada.[18]

5.4. Para finalizar la presentación de los temas a tratar (sin perjuicio de otros que serán derivados de cada uno), surge la parte de la sentencia que hace cosa juzgada.

La orientación mayoritaria apoya que sea solamente la parte dispositiva; pero con fundadas razones se dice que […]

> Los fundamentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades. La *ratio iuris* se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional.[19]

Esto no es un problema menor. Los fundamentos de una sentencia expresan la resolución del caso en un tema concreto, y el valor normativo en una cuestión abstracta. En juicios ordinarios la cosa juzgada es un efecto propio de la decisión; mientras que en los constitucionales es una cualidad de la sentencia.[20]

Este ascendiente limitado en el primer caso, tiene pocas excepciones. Una deriva de los derechos individuales ho-

---

[18] Garrido, Manuel, "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada", *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, Ad Hoc – Cels – Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001, pp. 88 y ss.

[19] Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-131/93.

[20] Rivera Santivañez, José Antonio, *Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno*, Estudios Constitucionales, vol. 4, núm. 2, Santiago de Chile, 2006, pp. 585-609.

mogéneos, en los cuales la identidad del conflicto permite extender el alcance del pronunciamiento a todos quienes se encuentran en condiciones de igualdad con el tema resuelto. Pero esto no será un efecto *erga omnes*, sino una extensión de la cosa juzgada y, específicamente, de la parte resolutiva.

En el segundo planteo, la *res judicata* dictada en un juicio constitucional tiene esta connotación que le imprime un alcance mayor al pronunciamiento. Por eso es necesario modular el alcance y las particularidades, debiendo así la parte resolutiva ser más detallada que la decisión simple de dar o no la razón a una u otra de las partes.

5.5 Justamente como la cosa juzgada constitucional tiene dicha cualidad normativa, la dimensión y permanencia de lo resuelto será obligatorio (no como precedente, sino como fuente) para la jurisdicción, la administración y la legislación, pero no para el Tribunal Constitucional que podrá examinar la cuestión cada vez que lo interprete necesario.

Bien dice Nogueira Alcalá que […]

> Las sentencias de término constituyen las decisiones jurisdiccionales más importantes de los tribunales constitucionales, tanto desde un punto de vista jurídico como de su trascendencia política, ya que dicha decisión se refiere a la Constitución Política del Estado, como asimismo, porque tales decisiones determinan el sentido y alcance de valores y principios constitucionales que modelan y determinan el contenido de la normativa infraconstitucional.[21]

[21] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca (Chile), 2004, pp. 113-158.

CAPÍTULO II

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1. Naturaleza de la obligación

1.1. La progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental.

No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado; o significa establecer una garantía constitucional que forma p arte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso.

No se descarta que la visión se pueda acotar al simplismo adjetivo de tomarlo como un presupuesto procesal de la sentencia, o como parte integrante del acto procesal por excelencia.

Finalmente, la naturaleza puede ocupar el espacio de los deberes jurisdiccionales que hacen al derecho a la tutela judicial efectiva, o afincarse en los derechos exigibles que tienen las partes para que se cumpla con la garantía o principio fundamental al debido proceso (como variable de las garantías jurisdiccionales).

1.2. Se ha dicho que la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tienen un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

> Bandrés Sánchez-Cruzat señala que la declaración constitucional de que la justicia emana del pueblo no es meramente retórica; sirve para recordar que el pueblo en un Estado democrático es fuente de todo poder; para ilustrar que los jueces no son propietarios ni detentadores de la justicia; sirve por tanto para incardinar el poder judicial con la soberanía nacional [...]; y sirve también para legitimar a los jueces en su actividad de impartir justicia, para lograr la justicia, al indicarse ese bello texto que los jueces sólo recibirán un juicio favorable de quien tiene la legitimidad institucional para formularlo, la ciudadanía, si su jurisprudencia responde a los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia, y se dirige, a sabiendas, a satisfacer las aspiraciones éticas del pueblo plasmadas en la Constitución y en las leyes.[22]

Con esa finalidad, las razones del fallo justifican el poder y la autoridad jurisdiccional. Es una proyección del deber de rendir cuentas sobre los actos que se realizan en nombre del pueblo. Por eso se tiene al deber de fundamentación como una exigencia política.

> En una editorial de "El Araucano" publicada el 25 de noviembre de 1836, señalaba Andrés Bello (Chile): "El proyecto de ley propuesto al Congreso en el mensaje que insertamos en el presente número presenta a los chilenos una de las garantías más reales que la legislación puede ofrecer a un pueblo. Hasta hoy han estado sometidos nuestros derechos a las decisiones arbitrarias de los jueces, que sujetos a las pasiones, errores y preocupaciones que forman el patrimonio de la especie humana, han gozado del ominoso y extravagante privilegio de fallar sobre las cuestiones más importantes sin dar cuenta a la nación de los fundamentos de sus juicios, ni explicaciones satisfactorias de sus operaciones administrativas … Admitir sentencias no fundadas equivale en nuestro concepto a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales".

[22] Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 177 y ss.

1.3. El paso siguiente fue volcar en la Constitución el deber de señalar los motivos de persuasión adquiridos e indicados en la sentencia. Antes la idea se asumía como una derivación de preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso.

Se consideró que instalando en la Norma Fundamental esta obligación de fundamentar adecuaba la finalidad de control sobre el razonamiento legal, mejoraba el convencimiento de las partes sobre el porqué de la justicia impartida, y limitaba el ejercicio abusivo de los recursos.

La constitucionalización tiene dos etapas. La primera no encuentra indicación precisa en los textos porque se deriva del derecho al debido proceso legal; inclusive, tampoco se haya mencionada en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, quizás por las dificultades que podría tener en los sistemas que actúan con jurado. De todos modos sí tiene recepción en las condiciones de decidir con fundamentos en el enjuiciamiento penal y la condena que en estos procesos se dicta.

> Decíamos en otra obra, que la tendencia "pro-motivacionista", al decir de Sagüés, cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793: Los jueces "...motivan sus decisiones" (la Constitución de 1795 agregó que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren: art. 208)... En Argentina, el tramo colonial y el poscolonial muestra el predominio de la no motivación; pero una importante excepción fue el Tribunal de Recursos Extraordinarios de la provincia de Buenos Aires (1838-1852), cuyas decisiones fueron suficientemente fundadas. Con la sanción de la Constitución de 1853, en la esfera nacional (y en la provincial, con el texto bonaerense de 1854), la tendencia motivacionista logró paulatinamente imponerse.[23]

1.4. La segunda consolida la obligación cuando comienzan a reformarse las cartas constitucionales que fueron

[23] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pp. 190 y ss.

adaptando sus principios, declaraciones y garantías, al compás de la evolución y consagración de los derechos humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo n° 11, estableció en el art. 45– Motivación de las sentencias y de las resoluciones:

1. Las sentencias, así como las resoluciones que declaren a las demandas admisibles o no admisibles, serán motivadas.
2. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado.

Un modelo preciso está en la Constitución española de 1978 que incluye el deber de motivar en el art. 120.3 de la Constitución, dentro del título VI dedicado al "Poder Judicial"; y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad.

> Dice Ibáñez que esta inclusión no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son "garantías de garantías", de carácter "instrumental", por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las "primarias o epistemológicas" del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo.[24]

De ello resulta que la motivación se convierte en una garantía que trasciende a las partes porque proyecta la obligación como un valor constitucional que hace a la eficacia de las sentencias.

1.5. En América no ha sido diferente la axiología entendida para el deber de fundamentación, solo que ha tenido

[24] Ibañez, Perfecto Andrés, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, texto de la conferencia pronunciada por el autor dentro del plan estatal de formación de jueces (1992), Consejo General del Poder Judicial de España, passim.

posibilidades de lectura más amplios y flexibles, porque sirvió para eludir la imposibilidad de sentenciar cuando el proceso estaba hueco de verificaciones o la prueba era manifiestamente insuficiente.

Se encontró así un principio nuevo "*pro sententia*", según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales con criterio restrictivo, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión.

> Afirma Piza Escalante siguiendo este criterio, que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.[25]

De todos modos, las nuevas constituciones americanas han incorporado el deber de fundamentar toda resolución judicial, sea directamente en el texto de la Norma básica o

[25] Piza Escalante, Rodolfo, *Sentencia sobre el debido proceso*, su voto en el fallo 1739/92, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1º de julio de 1992.

reglamentando en disposiciones especiales como leyes administrativas o procesales.

2. El fundamento como presupuesto de validez constitucional

2.1. Desde otra perspectiva el deber de motivación se instala como un presupuesto procesal constitucional para que la sentencia sea válida.

El código procesal federal (Argentina), por ejemplo, dice en el art. 34 inciso 4° que el juez debe *fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*.

En realidad, no es la nulidad propiamente dicha el efecto que tiene un pronunciamiento sin fundamentos, sino la determinación para obtener agravios directos por esa ausencia de razones y motivos que habilitan el recurso correspondiente, el cual, eventualmente, puede conducir a la nulidad.

Sucede que como presupuesto procesal también se vincula con el deber constitucional que se instala como garantía judicial, porque una sentencia infundamentada es un caso de arbitrariedad que traslada a la revocación de lo resuelto.

> Con simpleza ha dicho Carnelutti que, la motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el Juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva [...]. La motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado.[26]

2.2. En uno u otro caso lo importante estriba en la consolidación del deber de argumentar y tomar partido entre una de ambas pretensiones. No significa más que resolver en el marco dialéctico del proceso donde si las partes están obligadas a presentar sus afirmaciones por escrito, es obvio y natural que la decisión respectiva sea expresada del mismo modo.

---

[26] Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, t. II, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 223.

> Dice Alvarado Velloso que este deber —que entronca aparentemente con la concepción montesquiana del Poder Judicial: los jueces son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley— no debe entendérselo, empero, como la actividad mecánica de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la "voluntad de la ley".[27]

Para esta posición es suficiente que la sentencia exprese razones de hecho y de derecho, sin necesidad de desarrollar explicaciones argumentales. La fundamentación se sostiene con la mera aplicación de la ley, sin necesidad de adornarla con proyecciones intelectuales.

De este modo, mientras una sentencia se funda con la simple interpretación del derecho que al caso se subsume; la motivación es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectivo que impone al Juez pronunciarse de una determinada manera.

2.3. En la misma línea que la tesis anterior se presenta otra tendencia que persigue encontrar en la falta de fundamentación un supuesto de inexistencia del acto procesal más trascendente en el proceso.

> En este sentido Carocca Pérez apunta que, en lo que se vincula con la defensa, la clave se encuentra en que la obligación de motivar las sentencias, que al mismo tiempo que constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de que sus respectivas alegaciones y pruebas serán efectivamente valoradas por el tribunal. De ese modo, permite comprobar el cumplimiento de la obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial, que es la esencia de la garantía de la defensa.[28]

La diferencia sucede en la trascendencia que se asigna a la omisión de dar explicaciones, porque se considera que

---

[27] Alvarado Velloso, Adolfo, *El juez: sus deberes y facultades,* Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 35 y ss.

[28] Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1998, pp. 188 y ss.

existe violación a las reglas de la defensa en juicio, y como tal, lleva a una sentencia revocable por defectos de fundamentación.

> La teoría debe analizarse con la precedente, porque la primera convierte a la fundamentación de la sentencia en un mero formulismo, puesto que bastaría con hacer referencia a los hechos, a la norma aplicable y al mandato judicial, para que se tenga por fundamentada. Por eso —dice Lorca Siero— la segunda procura que el imperio de la ley que ordena el artículo 117.1 de la Constitución española, presente un aspecto de cumplimiento en cuanto se refiere a la función juzgadora por todos sus trámites, cumpliendo el procedimiento y finalmente dictando sentencia en la que se aplica la ley a los hechos. Esta última es el balance de la legalidad juzgadora, donde ha de ejercitarse la subsunción. La sentencia es un orden lógico en el que por seguridad se opera acudiendo a la fórmula legal, pero cuando la lógica que ha de emplear el Juez se sustituye por su interpretación y no por la aplicación estricta de la ley, puede haber motivación pero no legalidad.[29]

En los hechos el déficit proviene por la infracción al principio de congruencia y, en particular, cuando el Juez resuelve fuera o más allá de lo pedido y no da fundamento alguno para ello.

2.4. Otros interpretan que en lugar de analizar la sentencia como acto procesal, hay que recurrir a los deberes jurisdiccionales e instalar en ellos la obligación de dar razones y fundamentos a las resoluciones judiciales.

> Precisamente porque el contenido esencial y normal de la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo —dice Chamorro Bernal—, las decisiones judiciales de inadmisión afectan ese contenido y pueden incurrir en inconstitucionalidad si la negativa a entrar a conocer del fondo no se ha realizado de acuerdo con la interpretación que de tal derecho fundamental hace el

[29] Lorca Siero, Antonio, *Los jueces y la constitución*, Siloa, Oviedo, 1997, p. 45.

> Tribunal Constitucional [...] La tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar —de forma no arbitraria y razonable— el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido.[30]

Tal lectura se adapta a la orientación constitucional de los códigos procesales de Argentina, que en su mayoría establecen como deber de los jueces el fundar sus sentencias en ley; luego reglamentado en las leyes procesales como deber de fundamentación y efectos de nulidad en caso contrario (art. 34 inciso 4º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina).

Como no se persigue con esta carga del oficio, imponer una norma demasiado genérica, la jurisprudencia fue aclarando que el juez no está obligado a referirse concreta y separadamente a cada uno de los elementos de convicción suministrados por las partes, bastándole para fundar su decisión que valore los que a su entender, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, revistan relevancia jurídica para servir de base a sus conclusiones.

O lo que es lo mismo, al fundamentar su decisión no tiene que hacerse cargo de todos los argumentos de las partes, sino sólo de aquellos que estime pertinentes para la solución del caso.

2.5. Finalmente se encuentra otra tendencia dominante, que pone a la motivación de las sentencias como un derecho que las partes pueden exigir por ser parte integrante del derecho al debido proceso.

Para ella, la solución justa de un litigio no es simplemente —como lo afirma el positivismo jurídico— el hecho que sea conforme con la ley, es decir, legal. En efecto, no hay palabras que cubran la necesidad de justicia sino va implícito en los contenidos del pronunciamiento la cober-

[30] Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 277.

tura de argumentos suficientes para convencer a las partes sobre la justicia del caso.

Una vez más aparece la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial, porque la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa.

2.6. Todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad.

> Sostiene Ruiz Lancina[31] que, la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad ya que si la potestad discrecional consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables no hay potestad discrecional cuando es sólo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección. En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello, el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado.
>
> La motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. En la motivación se concentra el objeto entero del control judicial de la actividad discrecional administrativa y donde hay un duro debate sobre hasta donde deben fiscalizar los jueces.

Pero si extendemos la noción para darle un campo más amplio a su desarrollo, rápidamente se verá que la funda-

[31] Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española,* Noticias Jurídicas, 2002, web passim.

mentación forma parte de la sentencia como un todo indisoluble, creador de argumentos para quienes encuentren justificadas sus razones, como para los que no encuentren satisfechas con ella sus pretensiones.

> Por eso las sentencias de nuestro Superior Tribunal de Justicia que se apegan al llamado principio de *«trascendencia»* y/o *«sustancialidad»*, provocan con el abuso del *writ of certiorari* un claro supuesto de sentencias nulas por defectos de fundamentación.

En este terreno abonan múltiples proyecciones que, al mismo tiempo, se amparan en los nuevos contenidos del debido proceso.

Por ejemplo, será intolerable que se declaren nulidades procesales allí donde el juez tuvo oportunidad de advertirlas y su intervención resulta extemporánea o inusitada (cfr. art. 34 inciso 5 apartado b] del Código Procesal federal de Argentina); o cuando el trámite se posterga *sine die* por cuestiones de competencia mal resueltas; o en los motivos que abrigan justificaciones vulgares o renuentes al deber de asumir jurisdicción positiva en cuestiones de urgencia; etc.

2.7. Finalmente, un análisis enjuto de la teoría actual que explica los caminos de la impugnación y los recursos, continúa afirmando que los motivos de queja del recurrente están únicamente en la parte decisoria, provocando una dimensión increíble de las causales de arbitrariedad. Esto es equivocado, la sentencia es un conjunto de argumentos, razones y derechos aplicados que conducen a un resultado. La justificación del recurso no se puede encontrar en lo contingente del fallo, sino en los motivos dados para su fundamentación.

> Por eso, dice Chamorro Bernal, la motivación de la resolución judicial supone una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esta justificación de la resolución deberá incluir: a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma; b) la aplicación razona-

da de la norma; c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión.

3. Contenidos de la motivación

3.1. Fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar con exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica dar racionalidad y sentimiento de justicia.

> En tal sentido sostiene Colomer Hernández que, la motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior.[32]

Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el Juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso, lo razonable no sería razonado.

A veces, también, el raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.

Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias como parte integrante del debido proceso puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no es debido proceso el que equivoca el derecho aplicable a la causa; o que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes; o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.

3.2. Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional, más allá de servir

[32] Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 77.

a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública; o para demostrar la eficacia en la prestación del servicio jurisdiccional.

> Bien sostiene Pico i Junoy que a pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de la ley o de la doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de justicia, sino simplemente apariencia de la misma.[33]

A pesar de todo cuanto se pueda abonar la conveniencia de motivar todas las resoluciones judiciales, no escapa al análisis que existen otras cuestiones posibles de ocupar al tema.

Por ejemplo, si la motivación se exige hacia los demás para que la sentencia y demás decretos o providencias sean manifestaciones expresas del acto de resolver; porqué no sostener que puede ser una autojustificación de la discrecionalidad judicial.

3.3. Esta idea estuvo presente en el pensamiento postrevolucionario europeo del siglo XVIII, y se instaló en la legislación constitucional y procesal desde entonces, al obligar a los jueces a dictar sentencias que se sometieran al imperio de la ley, antes que a la voluntad del magistrado.

No se toleraba que fuera lo resuelto una justificación del poder jurisdiccional, precisamente porque jamás se admitió que el Juez tuviera otro poder que no fuera el de custodiar que las normas se cumplieran.

> Sostiene el Tribunal Constitucional español que, cualquier pretensión planteada ante los órganos jurisdiccionales exige una resolución suficientemente motivada a fin de hacer

[33] Pico i Junoy, Joan *Las garantías constitucionales del proceso,* Bosch, Barcelona, 1997, p. 64.

> patente el sometimiento del Juez al imperio de la Ley (art. 117, CE), con lo que al tiempo que se fortalece la confianza de los ciudadanos en los órganos judiciales, se hace patente que la resolución del conflicto no es un mero acto de voluntad sino, muy al contrario, ejercicio de la razón (TC, sentencia 75/1998).

Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerado arbitrario, y hasta una causa de mal desempeño. Por eso, comenzó la sentencia a exigir requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.

3.4. Es decir que, ante el común de la gente, una decisión judicial se parece demasiado a un discurso que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee, sobre la razonabilidad de la misma. Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se deriva.

> La distinción la profundiza Taruffo cuando muestra que una cosa es la motivación expuesta como signo, o como acto de comunicación de un contenido; y otra es la motivación como fuente de indicios. Para el primero segmento la sentencia se interpretará al conjuro de los intereses y en función de los instrumentos técnico-jurídicos que elucubrarán el discurso; mientras en el segundo, el auditorio general, la sociedad, examinará el discurso como fuente de indicios que dejará traslucir los elementos que puedan haber influido sobre su redacción (v.gr.: el nivel cultural y las opiniones del juez).[34]

Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente, y de alguna manera, sirve para confrontar cuán lejano están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.

> Atinadamente dice Colomer Hernández que, la postura psicologista lo que pretende es colocar en el centro de la

[34] Taruffo, Michele, *La motivazione Della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, p. 99.

> motivación judicial la explicación de la decisión en lugar de su justificación. Las consecuencias de ocupar la motivación en explicar las circunstancias, razones o causas que llevan al Juez a tomar una decisión son muy peligrosas, pues de una parte, quedará sin ser acreditada la aceptabilidad de la decisión, y de otra parte, quedará impedida la posibilidad de control de la misma, convirtiéndose de facto en un acto arbitrario. Y es que, en efecto, el estudio de los motivos psicológicos del Juez no debe ser objeto de análisis para la ciencia jurídica por carecer de eficacia para determinar la aceptabilidad de una concreta decisión.[35]

3.5. En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito se hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

> Dicho en otros términos, como lo hace Farell: la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo a razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en base a la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del derecho vigente.[36]

4. Distintas formas de motivar una decisión judicial

4.1. En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.

En materia de argumentación es preciso referir a dos niveles de entusiasmos —por así indicarlos— cuando de motivar la sentencia se trata. El primero asienta en la acti-

---

[35] Colomer Hernández, ob. cit., p. 78.

[36] Farrell, Martín D., "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", *La Ley*, 2003-F, 1161.

vidad del juez de primer grado, que limita su intervención al principio de congruencia y al brocardo *secundum allegata et probata* con las flexibilidades advertidas en este libro. La delimitación del *thema decidendi* lo fijan los litigantes y no le es posible al Juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas. En consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delinean el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional.

4.2. Ahora bien, una vez obtenida la sentencia, el problema de la motivación se controla desde los recursos, pudiendo señalarse deficiencias por limitación o por ausencia; en otros términos, fundamentos incompletos o insuficientes.

> El criterio de la suficiencia —dice Colomer Hernández— es un parámetro de creación jurisprudencial para el control de la efectividad de la obligación de motivar. Es decir, la suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del Juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional, o en vía de recurso de amparo (en España) por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un Juez como criterio de actuación a la hora de motivar [...] Los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada.[37]

4.3. El segundo problema son las sentencias de tribunales de alzada, donde es más difícil aplicar los mismos conceptos antes enunciados.

En éstos es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿será posible la única versión?

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

---

[37] Colomer Hernández, ob. cit., p. 80.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su trascripción de acuerdo con las reglas siguientes.

4.4. En los tribunales colegiados las características son otras. Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente, *primus inter partes*, de manera tal que será el último en juzgar.

Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.

Esta fase, permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado acuerdo.

El pilar donde asienta esta metodología es la convergencia hacia la mayoría de opiniones en sentido coincidente.

> Según Carnelutti [...] "el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; ...verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y éste es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida".[38]

4.5. El art. 271 del código procesal federal (Argentina) dice:" *El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del Tribunal y del Secretario. La votación se hará en el or-*

[38] Carnelutti, Franceso, *Derecho y proceso,* Ejea, Buenos Aires, 1981, ps. 242 y ss.

den en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios".

Por su parte el art. 397 del Código Procesal Penal establece que: "...*Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas (las cuestiones que son objeto de juicio) en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas. Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio*".

El voto individual con sus argumentos desenvueltos responde, por lo común, a dos interrogantes ¿es justa la sentencia apelada? y en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?

El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.

4.6. Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter absoluto de la versión encontrada (al respecto el art. 31 del decreto/ley 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia).

En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.

Al respecto dice el art. 281 del código precitado: " *Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado*".

No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano.

4.7. Otro supuesto, diverso del anterior, pero interrelacionado, surge cuando la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación.

La Corte, en numerosos casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.

Por ejemplo, en el pronunciamiento que refleja *Fallos 304:590*, determina que adolece de arbitrariedad en razón de fundamentación contradictoria la sentencia en la que el primer voto se inclinó por declarar la nulidad parcial del fallo de la instancia inferior, el segundo resuelve por la nulidad total, y el tercero por la desestimación de la apertura revisora del Tribunal superior; no obstante lo cual, a fin de computar la mayoría emergente el tercer opinante adhiere al primero, con lo que demostraba que tal manifestación careció de virtualidad y dependió de la mera voluntad del magistrado, contraria a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado.

La ausencia de relación impide corresponder la suma de opiniones coincidentes que hacen a la mayoría computable a los efectos de fijar el curso de acción. Por tanto, una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica, tal como veremos en el punto que sigue; y es nula, por estar ausente de requisitos esenciales que hacen al derecho constitucional previsto por el art. 18 (Argentina).

4.8. Puede ocurrir que una sentencia cualquiera exprese los motivos de su inclinación y convencimiento, pero que

al traducirlos en la parte dispositiva del fallo, resultan alejados absolutamente de la congruencia necesaria que debiera ponderarse.

Los casos de auto contradicción destacan una casuística muy numerosa que la Corte prolijamente ha vertebrado postulando como regla que, dicha falta de coherencia entre los considerandos y el decisorio constituyen una causal de invalidez que impide tener a la sentencia como acto procesal válido y propicio para surtir efectos legales.

En supuestos de los aquí citados, corresponde tener por válidos los argumentos expuestos en la parte resolutiva, únicamente, toda vez que de ella proviene la autoridad de cosa juzgada.

4.9. La sentencia de segunda instancia requiere la coincidencia de voluntades; la armonización de argumentos y conclusiones que finalmente quedan expresadas en la parte dispositiva de la resolución jurisdiccional.

Un caso paradigmático los extraemos de la causa fallada por la Corte Nacional el 23/2/95 in re: *Bichute de Larsen, Silvia M. y otros c/ Tintas Letta S.A.,* donde se indica que cuando en la votación los jueces mencionan precedentes que resultan contrarios a su forma de votar en ellos, oportunamente, existe falta de coherencia.

Allí se dijo que tal proceder importa una violación a elementales principios constitucionales que exigen que el fallo sea un acto motivado y razonado (art. 18 de la Constitución Nacional), en garantía del derecho de los justiciables (Considerando 5).

En efecto, esa ausencia de voluntades coincidentes se refleja si el primer voto confirma la sentencia del juez de primera instancia con sustento en fundamentos contrarios a su propia convicción y no se da ningún supuesto de obligación legal para proceder de tal modo (en el caso que mencionamos, el juez resolvió remitiéndose a lo resuelto por la mayoría en un precedente y aclaró que ello era sin perjuicio de dejar a salvo su opinión expuesta en minoría en el mismo).

De esta forma, el proceder comentado importa una violación manifiesta del modo como se han de expresar la

sentencia de los tribunales colegiados, y en particular, a la necesidad de que este acto sea motivado y razonado (art. 18, Constitución Nacional).

4.10. Como en el parágrafo anterior, cabe interrogar nuevamente: ¿Por qué el defecto en la sentencia? ¿Es un vicio formal o sustancial?

Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.

Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente respecto a que toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

No obstante, se ha dicho que la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por

ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben (Fallos 311:2023).

De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e intelegible "para todos".

El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1. Significado

1.1. La naturaleza jurídica es una de esas preguntas que puede tener varias respuestas. Lograr el acierto es posible, tanto como la inseguridad inmediata, precisamente, porque no hay una categoría propia para el concepto.

Indudablemente es un término que atañe al Derecho o se relaciona con él; y de ese nexo derivan los primeros presupuestos que debemos observar.

Una sentencia se analiza desde la Teoría General del Proceso; pero una sentencia constitucional no es igual en la construcción y destino, de allí que igualar las bases de justificación con el derecho procesal no se entiende apropiado.

Si el punto de partida adoptado en los pocos estudios que se han dedicado al tema[39] parece insuficiente, entonces tenemos que encontrar un camino o abrir un sendero propio con la idea de descubrir con una visión más amplia. Esta nos lleva a creer que está en el objeto de la sentencia constitucional.

1.2. Antes de proseguir es necesario esclarecer la relación que existe entre el proceso constitucional y la sentencia que lo resuelve. Un proceso como tal, es bilateral y contradictorio, de esto ya nos hemos ocupado profusamente;[40]

[39] Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 30, UNAM-Porrúa, México, 2009, p. 9.

[40] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Porrúa, México, 2011, pp. 267-360.

lo que sucede es que también puede existir como procedimiento declarativo (sin controversia entre partes), en el que la actividad de interpretación se basa en las normas antes que considerar pretensiones contrapuestas.

De todos modos, en ambos procesos, y aún con la diferencia que se puede encontrar en la tutela constitucional preventiva o reparadora, nosotros creemos que las posiciones que lleven las partes en conflicto no son otra cosa que el objeto a resolver con una sentencia típica; que se convertirá en constitucional apenas la decisión se avoque a construir la inteligencia que corresponda aplicar a una norma o precepto de la Constitución.

> También se afirma que puede haber una diferencia entre el proceso constitucional controversial respecto del procedimiento constitucional declarativo (acción de inconstitucionalidad), que no tendría *prima facie*, bilateralidad. En este sentido se afirma que en la actualidad se admite la posibilidad de que existan procesos de contenido objetivo que no tienen por objeto resolver sobre el *status* de las personas, sino sobre el de las normas, que rompen el tradicional esquema trilateral del proceso y elimina el carácter de partes en sentido estrictamente técnico (según el interés propio que tengan en el litigio).[41]

1.3. Decisiones de este carácter fundamental solo pueden explicarse desde el derecho procesal constitucional, disciplina que con autonomía científica, viene bregando por definir el rol de cada partícipe de sus predicados. Es decir, la actividad de las partes, con la mirada del acceso a la justicia; la apertura del proceso a los intereses primordiales para la defensa de los derechos humanos, y la ampliación de los supuestos de representación individual y colectiva.

La actuación de jueces y magistrados en la jurisdicción difusa como constitucional; los sistemas de designación para tribunales o cortes constitucionales, como todo cuanto

[41] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, p. 8.

concierne a las garantías de permanencia, renovación, independencia e imparcialidad.

Y finalmente, elaborar una teoría constitucional para el debido proceso, donde las garantías judiciales y procesales no sean desiguales en su aplicación ([42]).

1.4. La teoría del órgano considera que solamente expresan sentencias constitucionales con efectos de cosa juzgada constitucional, las jurisdicciones que tienen control concentrado y deciden conflictos de dicha naturaleza mediante pronunciamientos de Tribunales o Cortes Constitucionales.

Con este encuadre, la decisión final es la única que interesa, y no está mal que sea éste el enfoque, si se tiene presente que se apoya en la concepción de la Constitución como norma jurídica que se debe aplicar antes que interpretar.

De algún modo es una reversión del juez boca de la ley que pasa a ser ejecutor de las disposiciones constitucionales, sin poder criticarlas, porque esa es función del Parlamento o la Legislatura. La interpretación es de ajuste de la ley a la Constitución, y si ello no es factible, corresponderá la declaración correspondiente (interpretación conforme).

En otras palabras, el deber de las cortes especiales (políticas o judiciales) no es otro que desaplicar cualquier disposición de tipo legislativo o reglamentario que afecte, de manera directa o indirecta, y en forma actual o inminente, un derecho que la Norma Fundamental resguarda.

1.5. Ahora bien, cuando se confronta la actividad con la que realiza el juez ordinario o común del control difuso, el desempeño no es diferente ni el resultado que deduce difiere sustancialmente en aspectos puramente formales. Podremos sí encontrar desigualdades en torno de la naturaleza, efectos, cumplimiento y ejecución, pero la construcción en sí misma, tiene proporciones simétricas.

---

[42] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, ts. I y II, Porrúa, México, 2011.

Por eso se ha dicho que [...]

> Debe destacarse que la estructura y funciones de los citados tribunales, cortes o salas constitucionales, se han inspirado en los tribunales ordinarios, con las modificaciones que derivan de su contenido fundamental, cuando pretenden resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las normas supremas, las que además de efectos jurídicos también poseen trascendencia política desde un punto de vista técnico no partidista.[43]

Entonces, si por este camino no hay diferencias, porqué buscarlas, cuando de ello no lograremos ningún atajo ni beneficios. En todo caso, la función judicial, propiamente dicha, que es aquella que tiene la tarea de juzgar en un asunto, no nos permite comprender si hay desajustes entre una sentencia común y otra constitucional, desde que la edificación del resultado es igual, aunque no lo sean sus componentes, y menos aún la parte dispositiva de ese pronunciamiento.

1.6. Donde comienzan a verse diferencias consistentes es en el proceso de formación. La argumentación no sigue el encuadre de las pretensiones. Si bien el principio de congruencia (*iudex debet judicare secundum allegata et probata*) responde e integra los componentes del debido proceso, en un proceso constitucional, la inspiración llega de los derechos humanos; si están constitucionalizados mejor, pero lo que cimenta y fortalece la sentencia justa, es aquella que no deriva de cuanto las partes dicen, sino de aquello que el juez aplica merced a sus conocimientos y especialización.

La parte motiva también puede incorporar el interés público, la gravedad institucional, el provecho emergente, los valores comprometidos, la trascendencia e impacto social, la justicia implícita, y tantos más ingredientes que exceden de cuanto las partes posicionan desde una perspectiva exclusiva.

No queremos decir con esto que haya posibilidades de sobrevolar el conflicto y resolverlo a plena discrecionali-

[43] Fix Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, ob. cit., p. 3

dad. Lo que se quiere poner de manifiesto es que, cuando la controversia es sobre actos o normas tildados de inconstitucionalidad, la primera tarea es fiscalizar el principio de la supremacía convencional, después la regla de la Constitución como vértice superior de un ordenamiento jurídico, y poner en la decisión la justicia implícita que se requiere.

Claro está que en procesos no constitucionales, pero de aplicación directa de garantías constitucionales, como sucede con el proceso penal, es lógico que el principio de congruencia tenga un deber de específico cumplimiento; como también lo es, aunque con flexibilidades ([44]), en otro tipo de procedimientos.

Esto es así, ciertamente, porqué una Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, trabaja sobre principios y valores, que no se pueden desnaturalizar por ambiciones personales.

> En cuanto a la debida fundamentación de la sentencia, se ha dicho que [...] el derecho a la congruencia de la sentencia, como parte del derecho a una sentencia justa, integra la garantía del debido proceso; que debe existir correlación entre acusación, prueba y sentencia; que la sentencia debe fundamentarse en los hechos discutidos y las pruebas recibidas en el proceso; que la sentencia debe señalar los medios de convicción en los que se fundamenta y los que desecha; que el deber de fundamentar una sentencia es garantía constitucional, no solo para el acusado, sino también para las demás partes en el juicio penal; que en el deber de fundamentar radica la publicidad de las razones que tuvo el juez para pronunciar su sentencia, lo que sirve de instrumento de control por las partes y la ciudadanía en general; que una sentencia no puede ser contradictoria, oscura u omisa en los elementos en que se apoya la condenatoria y que el juez con la sentencia debe mostrar que ha valorado las pruebas y ha aplicado las disposiciones legales de acuerdo con un justo criterio.[45]

---

[44] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil. Sobre el cambio en los principios procesales*, Editorial Académica Española, Madrid, 2012, pp. 38-354.

[45] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 25/11/2009, Exp: 09-017605-0007-CO; Res. Nº 2009018769.

2. La argumentación constitucional

2.1. El armado de una sentencia que gestiona y colige la determinación de un significado constitucional es complejo. Es indudable que la formación del pensamiento a discernir viene impregnada de hechos que se presentan por las partes contaminados de subjetivismo. La objetividad del tribunal podrá atender la verdad intrínseca del relato, o dejarse persuadir por el arte de la retórica argumental, o quizás embelesarse con la doctrina de los grandes juristas.

Nada es nuevo en la visión si recordamos el conocimiento que aportaba Aristóteles y las reservas de Platón sobre lo mismo. La historia se repite y la consistencia del discurso parece estar en la narrativa (argumentación) que realizan las partes y en la resolución efectiva que se comprueba racionalmente.

Todo ello es posible, pero antes, la sentencia constitucional debe justificarse con fundamentos válidos y consistentes. No es el mero capricho del juzgador el que otorga razones, ni la imaginación creadora del que juzga podrá ocultar el vicio de lo arbitrario.

Es este el lugar donde la argumentación se explana y en el que encuentra sabiduría o absurdo.

2.2. En un proceso ordinario la función jurisdiccional tiene en cuenta la *iuris prudentia*, que puede leerse con dos significados: obrar con sensatez, o aplicar el derecho con sapiencia y comprensión.

Es de la segunda acepción que se toma la jurisprudencia, que recién después de las XII Tablas ponen luz a un conjunto normativo que se mantenía oculto en el derecho romano.

A partir del siglo III (a.C.) la interpretación del derecho comienza a difundirse, dando lugar a la jurisprudencia como forma de "leer" textos jurídicos. Se descubrió así el criterio de aplicación, antes que el derecho asignado. Fueron los primeros tiempos de las razones argumentadas como *præcepta iuris*.

> Al final del siglo III a.C. después de los trastornos sociales causados por la Segunda Guerra Púnica la *prudentia iuris* habría de sufrir una importante evolución. En el siglo II, el conocimiento del derecho se había gradualmente separado de las ramas del antiguo saber pontificio. La aparición de juristas laicos habría de trasformar el escenario. Estos juristas laicos frecuentemente seguían la carrera política o militar. El cambio se evidencia con la publicación de las *responsa* a las cuestiones que les eran sometidas. Como las *responsa* de los juristas no siempre coincidían las controversias jurídicas surgieron a la luz por vez primera. La actividad de los nuevos juristas comienza gradualmente a diferir de sus antecesores. Con ellos aparecen los primeros tratados sobre derecho civil. Fundamentalmente, estos tratados consistían en largas colecciones de opiniones dadas a casos particulares. Poco a poco estas *responsa* empiezan a aplicarse a casos similares y parecen, cada vez más, conceptos jurídicos (nomina iuris). De esta manera las opiniones comienzan a extenderse a situaciones inusuales. Muchas discusiones versaban sobre el alcance de las palabras o, más bien, sobre el alcance y peso de los *nomina iuris* (categorías creadas por palabras o conceptos generales).[46]

2.3. La evolución pone otro hito con los *gramáticos*, que llevan al campo de la comparación entre casos, una línea de decisión que se consolida como principio, que será tiempo después llamado la *ratio*. Desde la ratio se formulan reglas que se expanden a toda materia similar. Y con ellas se implementa una suerte de guía que contempla formas, procedimientos y uniformaciones de lenguaje.

> La idea que subyace detrás de esta tesis es que la jurisprudencia constituye el conjunto de (meta) reglas de interpretación (*latissimo sensu*) del lenguaje del derecho. Estas (meta) reglas son de diferentes tipos: *nomina iuris*, *definitiones*, reglas hermenéuticas y *regulæ iuris* (principios). La jurisprudencia es una herramienta hermenéutica, una disciplina para interpretar (descifrar, leer) textos: los jurídi-

[46] Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho.* UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 108.

> cos. La lectura jurídica de un *præceptum* del derecho no puede hacerse más que con la ayuda de las reglas propias de su aparato hermenéutico. La jurisprudencia, "al origen —dice Rudolf von Ihering— simple gramática jurídica devino después la regla de pensar en derecho".[47]

El trabajo dispuesto era necesario para un tiempo donde la sentencia no se dictaba por escrito, por eso cuanto hacía la jurisprudencia era definir un concepto y orientar la conducta a aplicar.

Tampoco creaba derecho alguno, a diferencia de los actos legislativos o judiciales, los conceptos, definiciones y (meta) reglas de interpretación de la jurisprudencia, no son parte del derecho positivo; son herramientas que nos permiten describirlo.

Dice Tamayo y Salmorán [...]

> La jurisprudencia constituye el aparato semántico que nos permite conocer, (saber qué dice, qué prescribe) el derecho y prever las consecuencias en caso de aplicación. La *iurisprudentia* haciendo a un lado el *ius repondendi* no es derecho romano, la *iurisprudentia* es la *scientia* que describe el derecho romano. La *iurisprudentia* es, el aparato semántico que explica qué es y qué dice el derecho.[48]

La cuestión jurídica asentó así en lo verosímil de los hechos y la razón del derecho.

2.4. Cada vez que se tiene que interpretar el derecho aparece esta lógica previamente aportada. El control sobre el razonamiento es evidente, pero al mismo tiempo produce certidumbre y previsibilidad.

El resultado es el mismo que tiene la ley, cuya producción engendra la prohibición de conductas creadoras de una lógica discursiva que pueda llevar a resultados insospechables. De algún modo, con la norma se conduce; con la interpretación se define, y con la aplicación se orienta.

---

[47] Cfr. *L 'Esprit du di droit romain (Geist des römischen Recht)* , t, I, trad. de O. Menleare, París, Chavallier-Maresq., 1877, pp. 3 y *ss* .

[48] Tamayo y Salmorán, ob. cit., p. 128.

Sin entrar al campo de la filosofía, la trama argumental expone notorios progresos. Por ejemplo la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy[49] plantea la necesidad de formular los enunciados doctrinales de una manera lógica coherente con la normativa jurídica y sus enunciados empíricos; cuestión que se consigue a través del análisis de las funciones de la dogmática jurídica.

Del emplazamiento promueve una teoría normativa de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), que sin dejar de ser analítica, toma en cuenta la estructura de los argumentos.

También Habermas introdujo en la *teoría del discurso*[50] un concepto amplio de razón, lo cual le permite sostener la tesis de que las cuestiones prácticas pueden decidirse racionalmente. Entre los argumentos teóricos y las deducciones introduce a la racionalidad. Sustenta así, que todas las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas "mediante razón", mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado "racionalmente motivado", la expresión de una "voluntad racional".

> Por tanto, las normas del "discurso", tal como las concibe Habermas, son normas éticas a las que debemos comprometernos para tender a una situación ideal de comunicación moral. Resumimos dichas normas en los siguientes puntos: a) No se debe excluir del diálogo a ninguna persona que manifieste tener intereses en el problema sobre el que se dialogue; b) una vez en el diálogo todos los interesados tienen igual derecho a la palabra, sin ser coaccionados cuando hablen; c) ha de comprobarse colectivamente que la conclusión o norma moral concreta a la que se llegue después del diálogo sea asumida por todos los afectados. Es decir, que todos los que tengan relación con la norma concreta acepten las consecuencias de estar bajo la misma. Estas son condiciones ideales importantísimas para

[49] Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.

[50] Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

> construir nuestras sociedades democráticas y plurales desde una fundamentación moral sólida.[51]

Hay muchos más que discurren sobre estas líneas, hasta llegar a Perelman, en cuyo tratado de la argumentación destruye el pensamiento cartesiano, según el cual la racionalidad se elimina con las evidencias, considerando racional únicamente el razonamiento *more geométrico*, ello es, las demostraciones que partiendo de ideas claras se sustentaran en pruebas apodícticas y condujeran a conclusiones verdaderas e incuestionables.

> Perelman, inicialmente se interroga por la posibilidad de una lógica de los juicios de valor que permitan discutir y razonar sobre lo preferible. La respuesta a esta cuestión es fundamental pues de ello depende de que la filosofía práctica, en la que se incluyen, la moral, la política y el derecho, renuncien o no a su objeto. Sus investigaciones lo llevan a descubrir que no existe una lógica de los juicios de valor pero que en la antigüedad griega existió un conjunto de procedimientos y técnicas que tenían como propósito orientar la forma como se llevaban las discusiones y deliberaciones en el ámbito de lo práctico y que denominaron retórica.[52]

2.5. Todo el terreno superficialmente expuesto, y librado a extensiones o limitaciones propias del intérprete, advierten la importancia del argumento como justificación jurídica de una sentencia constitucional.

Por vía de principio no interesa la motivación central que se aplique, siempre que los conceptos sean claros y comprensibles para el destinatario. Inclusive, en ciertas legislaciones, se insinúa la conveniencia de aplicar las reglas lingüísticas de la comunidad.

> John Austin, por ejemplo, en 1861 (*Lectures on Jurisprudence*), había sostenido diferencias entre el derecho y la mo-

---

[51] Martínez López, Julián Jesús, *Las éticas modernas y contemporáneas*, en: www.recursostic.educacion.es

[52] Carrillo de la Rosa, Yasid, *Aspectos básicos de la teoría de la argumentación de Perelman*, Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo, año 1, núm. 4, Universidad de Cartagena, p. 84.

> ral. La interpretación se funda en un análisis de conceptos fundamentales procurando responder el interrogante de entonces ¿qué es el derecho? Su respuesta es que son mandatos de la autoridad previstos para que la sociedad esté debidamente organizada; para ello era imperioso que la lingüística fuera la apropiada para entender el mensaje.

El uso del precedente suele ser una fuente obligatoria en los sistemas concentrados, o un elemento de ponderación en jurisdicciones que no tienen como obligatorio el precedente. En uno y otro, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos otorga un disuasivo para el control de convencionalidad que no se podrá eludir. Tanto como resulta el llamado diálogo jurisprudencial entre Cortes, en los que la influencia recíproca tiene connotaciones de *jus comune*.

Si pensamos en lo racional como deductivo, los hechos serán desenvueltos conforme el sentido que las normas constitucionales determinen; y si lo pensamos en la dimensión de la razonabilidad, tiene que estar implícito el sentimiento hacia lo justo. Cada premisa debe ser explicada, antes que como justificación, como criterio de solvencia para el justiciable.

Todo esto es argumento y sostén, pero solo es el elemento primero de una serie de consistencias que exige la sentencia constitucional.

3. Razonamiento y aplicación de la ley

3.1. Una sentencia constitucional obliga a quien resuelve a expresar los fundamentos que sostenga. En ocasiones basta con la sola mención de la ley aplicable; en otras, la convicción se debe motivar, significando así la obligación de declarar los motivos de una decisión.

La finalidad es evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad. Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la deci-

sión. De algún modo, es el juicio de verosimilitud al que se llega.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar esta posible ambivalencia: en el control difuso hay una confianza implícita en los jueces para que lleven a cabo el control de constitucionalidad, pero se los condiciona a dejar testimonio y constancia de sus actos; la confianza sin argumentos no es propia ni adecuada. Es decir, se confía, pero no tanto.

3.2. Al cabo de estas reflexiones no llegamos aún a explicar la naturaleza jurídica de la sentencia constitucional. Solo ponemos un punto de partida diferente que sostiene eludir el discurso que proviene de la *Teoría del Proceso* como pauta de valoración.

Podemos aceptar que ella sirva en la técnica de formalización, pero no es suficiente para lo sustancial de la decisión.

La teoría de la sentencia constitucional se basa en los poderes de interpretación constitucional y en la aplicación del control de convencionalidad que, en este aspecto, puede tener bifurcaciones por continente. Europa admite el margen de discrecionalidad de los jueces para entender la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Públicas; mientras que en América Latina se entiende a la Convención Americana sobre Derechos Humanos como un *corpus iuris* que solo dilucida la Corte Interamericana (como intérprete final y de cierre) haciendo obligatoria su jurisprudencia de intelección.

Es, de alguna manera, coincidente esta posición con la tesis formulada por Lorenzetti en orden a sostener que hay […] una teoría democrática del discurso jurídico, que porta la idea de insistir sobre la necesidad de mirar los problemas considerando los diferentes puntos de vista, haciéndose cargo de la complejidad que ello representa. Persigue, asimismo, fomentar el diálogo basado en la fórmula de consensos respetando el derecho que tienen los ciudadanos a que las decisiones tengan un fundamento razonable. El pluralismo y la diversidad constituyen un hecho incontrastable, y por ello es necesario asumir criterios comprensivos

de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no será lo que cada uno desea, permitirá lo que todos desean, es decir, una sociedad ordenada en base a un criterio más realista de justicia.[53]

3.3. Con este emplazamiento todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad. Es cierto que con la razonabilidad se pone un límite al exceso discrecional y a la arbitrariedad, ya que si la potestad discrecional consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables, no hay potestad discrecional cuando es sólo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección.

> En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello, el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado.[54]

O lo que es igual: si hay sólo un órgano de interpretación, la sentencia que éste formalice con proyecciones vinculantes, tendrá una fuerza normativa con efectos imprevistos, pese a la razonabilidad de su acierto. Mientras que si esa misma sentencia constitucional la pueden emitir todos los jueces, el control de revisión hasta llegar al cierre final del supremo tribunal, será igualmente de relativa influencia cuando todo el sistema (difuso o concentrado) carezca de consenso social.

---

[53] Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2006, p. 12.

[54] Ruiz Lencina, ob. cit., p. 26.

3.4. En consecuencia una sentencia constitucional se fortalece institucionalmente cuando a la motivación se le agregan razones capaces de sostener y justificar, en cada caso, las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. Además, con la interpretación constitucional se focaliza un faro que difunde su luz sobre la actividad discrecional administrativa y sobre la gestión de gobierno, constituyendo una fuente nueva de derechos que no se podrá eludir sin caer en el riesgo de la intolerancia.

Comienza aquí un capítulo particular de la teoría que es la defensa por objetivos. Esto es, cuando una sentencia debe alinearse con los destinos políticos e institucionales que se fijan en una Norma Fundamental.

Veamos por ejemplo, el tema de la diversidad cultural que tanto en Ecuador como en Bolivia, entre otros, constituyen una forma de juzgamiento distinta al que tiene un conflicto ordinario. En estos supuestos, la racionalidad considera un deber implícito que transforma y altera la paridad prevista sin medidas proporcionales al principio de igualdad entre los hombres.

CAPÍTULO IV
TEORÍA DE LA DECISIÓN

1. Ideología y creencias en la construcción del pronunciamiento

1.1. Cuando se debe elaborar la decisión final en un proceso constitucional, fluyen varios problemas al mismo tiempo. No es solamente el dilema de la construcción formal, sino la suma de cuestiones transversales que toma en cuenta quien debe resolver en soledad o en equipo (juez unipersonal o tribunal, respectivamente), donde anidan ideologías, doctrinas, precedentes vinculantes u orientativos, y por qué no, la necesidad inocultable de realizar con la sentencia un acto político o institucional.

No son todos elementos aislados, en la medida que se pueden dar como aciertos o errores según los hechos que se estén confrontando. Es decir, una sentencia se puede resolver con la aplicación mecánica de la ley, y satisfacer así el imperio de la legalidad; o apartarse de ella aplicando el test de constitucionalidad razonable, que obliga entonces a motivar (justificar) la inejecución del mentado principio de legalidad. La justicia implícita podrá, en uno y otro, ser diferente.

> Dice Lorenzetti que [...] "el problema central que se discute es si el juez debe seguir criterios precisos, como ocurre normalmente en un sistema de reglas determinadas, o bien si decide conforme a su buen criterio y discrecionalidad, ya que tiene un amplio espacio para ello. En la escuela exegética sólo había lugar para la aplicación del Derecho, y no Cabían las normas indeterminadas ni la creación judicial. A posteriori se entendió que el Derecho

> es siempre interpretación creativa, realización de valores, ampliándose la actividad judicial. No hace mucho tiempo que se criticaba el rol limitado que la exégesis adjudicaba al intérprete, y se postulaba la incorporación de normas jurídicas abiertas, que permitieran un mayor desempeño autónomo del juez. Actualmente, y una vez admitido ese rol protagónico, discutimos sobre sus límites: ¿puede el juez dar un sentido subjetivo, o bien debe respetar parámetros objetivos? ¿Dónde encontramos estos límites? ¿Afecta la seguridad jurídica una aplicación casuística y subjetiva del Derecho?[55]

1.2. En materia procesal constitucional hay un tema de especial predicamento que no se puede pasar por alto. El mundo tiene en materia de procedimientos dos campos bien diferenciados, como son el *common law* y el *civil law*; división que también se observa en el terreno del control de constitucionalidad según realice la función un juez ordinario (control difuso) o un tribunal constitucional (control concentrado).

Con estos sistemas se pueden dar varias combinaciones. Un juez americano (Estados Unidos de Norte América) que fiscaliza en el caso concreto siguiendo temperamentos impuestos (*stare decisis*); o un juez sudamericano (Argentina) que concreta el deber de respetar la supremacía constitucional según su leal saber y entender, sin estar obligado por sentencias jerárquicamente superiores.

También hay tribunales constitucionales americanos que aplican la ley (*civil law*) o se apartan de ella justificándose por la razonabilidad o la interpretación conforme a los mandatos constitucionales (es decir, obrando en la dimensión del amplio poder de argumentación que da el *common law*).

> Por eso algunos autores sostienen que los tribunales constitucionales dictan sentencias políticas[56] y que no es posi-

[55] Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 197.

[56] Lafuente Balle, José, *La judicialización de la interpretación constitucional,* Colex, Madrid, 2000, p. 123.

> ble un estudio científico, lógico y racional del derecho constitucional. Sin embargo, ello se refiere a sistemas en los que hay un tribunal constitucional cuyas funciones son, precisamente, políticas.[57]

1.3. Lo curioso es que, en sus orígenes, el sistema de defender la Constitución fue pensado con dos variables: la confianza en los jueces para actuar en casos concretos (típico del *common law* estadounidense), o la desconfianza en ellos entregando el poder de decisión a Tribunales Constitucionales (propio del *civil law* europeo continental).

La diversidad también ocurre en las legislaciones procesales. Unas pensaron al proceso judicial como una lucha entre partes donde el juez solamente debía resolver quien tenía razón y derecho, a cuyo fin únicamente aplicaban la ley; y otras echaron mano a la equidad, la prudencia, la sabiduría de la experiencia, creyendo que la historia de los precedentes era suficiente motivo para no apartarse de ellos.

El problema llegó cuando se quisieron mezclar los sistemas, y los jueces ordinarios recibieron facultades de control constitucional para ejercerlos dentro de un proceso predominantemente dispositivo y particular. Es decir, donde el interés privado era el núcleo central de la controversia, porque el proceso era de quienes litigaban. Se entregaban potestades sin advertir que la transformación del juicio en cosa pública se había hecho con un enjuiciamiento que seguía en manos de particulares.

Esto sucede en las primeras décadas del siglo XX cuando tanto en lo procesal (innovaciones sobre el rol del juez en el proceso) y en lo constitucional (creación de los tribunales constitucionales) polarizaron los debates ideológicos.

En el primer sector, aparece desde el 28 de octubre de 1940 el nuevo *Codice di procedura civile* italiano que entraría a regir desde el 21 de abril de 1942. Ninguna de las dos fechas fueron casuales, según cuenta Montero Aroca.[58]

---

[57] Lorenzetti, ob. cit., p. 198.

[58] Montero Aroca, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Ibe-

[…] La primera se trataba del dieciocho aniversario de la Marcha sobre Roma y la segunda atendía a una legendaria Fundación de Roma en el más remoto pasado. Al fascismo le gustaban estas demostraciones de grandeza, aunque sean de cartón piedra, de recreación de la historia, a costa de apoderarse del Imperio Romano haciéndolo propio, y de exaltación de los sucesos por él protagonizados.

Para ubicar al *Codice* en su contexto histórico no está de más recordar que ese mismo día de 28 de octubre de 1940 se produjeron otros acontecimientos que hacen a la historia de Italia. Se trata, por ejemplo, de la entrevista de Hitler con Mussolini en Florencia o de la invasión de Grecia por las tropas italianas. En el mismo día se promulgó el que entonces fue llamado "*codice fascista per eccelenza*". Ya dentro del mismo Código en la exposición de motivos o *Relazione* al Re puede leerse que "el Código quiere ser, con decidido conocimiento, expresión histórica del estado fascista y corporativo".

En el Código fascista se presentó como plasmación de las ideas de la oralidad, del aumento de los poderes del juez y de la concentración de la actividad procesal bajo su efectiva guía, ideas que "por el apostolado de Giuseppe Chiovenda habían hecho ya un largo camino". Vuelve a aparecer, ahora no la propaganda, pero sí el apostolado. Lo peor del caso es que el Código y la *Relazione* no pueden calificarse de chiovendianos o lo son sólo en la apariencia. A pesar de que se ha estimado, pues, que el *Codice* de 1940 era chiovendiano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendiano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista, y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad.

Lo que destaca más claramente en el Código, incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países. La figura misma no está claramente perfilada en sus orígenes,

---

roamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Passim.

> pero lo que nos importa es que la existencia misma del juez instructor es contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda, pues para éste era esencial que las pruebas se practicaran precisamente delante del tribunal en su conjunto, de todos los magistrados que tenían que valorarlas, y no simplemente ante uno de los integrantes del órgano colegiado, se llamara a ese juez delegado o instructor.

La polémica quedó instaurada y todavía continúa, aunque se debe destacar que el uso de los nuevos poderes de instrucción y control que se concedieron a los jueces, siempre fue ejercido con una gran prudencia, sin darse de manera evidente el autoritarismo que se denunció.

En el campo del Constitucionalismo la interpretación acordada a los tribunales constitucionales se expuso como un poder contramayoritario, como la ha llamado Bickel, fundado en el hecho, en apariencia constatable, de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos emitidos por los otros poderes.

> La objeción a la inserción de tal mecanismo de control dentro de un sistema democrático se apoya en cuatro dificultades básicas: 1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes. 2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos. 3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular. 4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél.[59]

[59] Verly, Hernán, "El argumento contramayoritario", *El Derecho*, diario del 1 de octubre de 1991.

1.4. Buena parte del siglo XX se ocupó de resolver este dilema de aciertos y confusiones, pero no tuvieron muy en cuenta la relación precisa que debía articularse entre el Proceso y la Constitución. Cuando en América Latina comenzó la renovación constitucional, en las dos últimas décadas del siglo XX, no advirtió el desatino transitado en Europa y transformó la justicia constitucional en una jurisdicción especializada donde el obrar de los jueces fue primero divagante, sin perjuicio de la relación poco armónica entre jueces ordinarios y tribunales constitucionales.

El desconcierto inicial fue evidente en las integraciones de las cortes nativas. No supieron bien si espejarse en el modelo europeo (principalmente del Tribunal Constitucional español) o explicar por qué se despojaba a los jueces ordinarios del control difuso que venían ejerciendo siguiendo el modelo americano.

Órganos supremos como el de *México* divagó entre ser o no un tribunal constitucional. Los legisladores no ayudaban a esclarecer el problema, y así en 1987 dejan en manos de la Suprema Corte de Justicia todos los temas constitucionales trasladando el control de legalidad a los tribunales colegiados, aun conservando un poder de veto como supremo intérprete final. En 1994 agregaron la acción de inconstitucionalidad y se ampliaron las controversias constitucionales y continuaron sucesivas reformas que llevaron a sostener en diversos fallos:

> La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades pue-

> dan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa exprofeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación (Tesis 73/99)
>
> En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto (Tesis 74/99).

De este modo se impedía a los jueces ordinarios ejercer el control difuso de constitucionalidad restringiendo la función al Poder Judicial de la Federación y dejando en la Suprema Corte de Justicia el cierre final de la interpretación.

Siguiendo con *México*, como fiel testimonio del problema que analizamos, sucedió que después de la causa *Radilla Pacheco* debió reconsiderar esta posición ideológica y funcional, llegando entonces a sostener que:

> Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el *control concentrado* en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo

general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. *Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra*, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad (las cursivas nos perteneces).[60]

De conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1° constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración

[60] 10ª Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557; Tesis P. LXX/2011 (9ª).

general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.[61]

1.5. Otros, como *Colombia*, se encontraron que sin seguir el modelo americano de control, habiendo optado desde 1910[62] por un método popular de control y con la incorporación de varios instrumentos procesales (v.gr.: acciones

[61] 10ª Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535; Tesis P. LXVII/2011(9ª).

[62] El Acto Legislativo No. 3 de 1910 parece una mezcla de elementos de ambos modelos. Siguiendo al primero, la Corte Suprema de Justicia ejerce el control único sobre la ley federal que aparentemente contraviene a la Constitución y decide definitivamente sobre su constitucionalidad. Respecto al segundo, es decir, el modelo federal, se permite la intervención del ciudadano, pero esta vez de forma directa, lo que encuentra sus antecedentes en la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811, según la cual cualquier ciudadano podía intervenir para reclamar sobre posibles interferencias o limitaciones en los poderes que repartía la Constitución. Así bien, siguiendo los argumentos que se han expuesto sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad en las postrimerías del siglo XIX y durante el XX, de los que se concluye que la acción es el resultado de una consolidación política de las tendencias del momento, se puede entonces hacer el siguiente análisis: El control de constitucionalidad en Colombia se ha movido, incluso antes de 1910, cuando se crea formalmente la acción pública, entre dos tendencias que reflejan una tensión entre dos modelos de control y formas de ver el derecho. Estas tendencias resultan contrarias entre sí pero han convivido en Colombia durante años, algunas veces en medio del conflicto. Cada uno de estos modelos ha presentado limitaciones y fortalezas sintetizadas en un esquema que se muestra en tensión, por las fuerzas contradictorias que lo integran. El primero de estos modelos, inspirado en lo que ha dado en llamarse un sistema antijudicial, ha evolucionado desde la época de las Constituciones provinciales, antes de la unificación de la República y terminó por hacerse fuerte para la Constitución de 1858, que recoge las objeciones presidenciales que venían desde la Constitución de 1853.16 17 Por medio de esta figura se reserva al ejecutivo la facultad de solicitar la revisión de la ley para que después el legislativo la ajuste a la Constitución. Este modelo, muy similar al de estirpe francesa, habla de un esquema de control fuertemente concentrado, en el que el ejecutivo es el único intérprete autorizado para actuar como guardián de la ley (Gómez Pinto, Luis Ricardo, *El control constitucional en colombia: Sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años de control de la acción pública*, Universitas, Bogotá, 2011, ps. 169-212).

de grupos, mandamientos de abstención; acción de cumplimiento; acción de tutela, etc.), tuvieron en la división por ramas del Poder Judicial un auténtico "choque de trenes", porque si bien custodiaron que la interpretación constitucional quedara en manos de la Corte Constitucional, no pudieron resolver la limitación (*self restraint*) del juez ordinario, ni la anulación de sentencias del Consejo de Estado y de la Suprema Corte cuando la Corte Constitucional consideraba violado algún derecho fundamental.

Esto ocurre cuando se admite recurrir ante la Corte Constitucional la decisión jurisdiccional, que pese a la doctrina calificada del fallo C 543/92 (no hay tutela contra sentencias judiciales), revirtió la misma con el Decreto 2591 que reglamentó la acción de tutela. Es cierto que se declaró la inconstitucionalidad del precepto, como también lo es que la actual jurisprudencia lo permite cuando se dan los supuestos de admisibilidad.

Podríamos seguir el listado de países americanos que trabajan sobre las dudas y aplican decisiones más políticas que justificadas. Por ahora queda como planteo.

En suma, sobre este fangoso terreno se debe elaborar una sentencia constitucional.

2. Influencias sobre la decisión

2.1. La teoría de la decisión es un análisis que excede el fenómeno de la sentencia judicial. Se trata de observar el modo como las normas orientan u obligan a quien debe juzgar; y al propio tiempo, la incidencia que tienen valores intrínsecos como la razonabilidad, la ponderación, el uso de equiparaciones, o varios test de rigor conceptual que permitan resolver con la mayor información y el menor riesgo de equívoco.

Inclusive, los estudios más avanzados revelan una íntima relación del cerebro con las actitudes y resoluciones, dando un nuevo punto de encuentro en lo que se llama la "neurociencia".[63]

[63] La neurociencia refiere a un área académica, que científicamente, estudia los mecanismos biológicos de la cognición. con un enfoque especifico en el

Dice Garzón Valdés:

> La vieja discusión acerca de hasta qué punto somos libres autores de nuestro pensamiento ha despertado renovado interés no sólo entre científicos del cerebro y filósofos puros, sino también entre filósofos del derecho y penalistas. Es que no existe un correlato neuronal de la conciencia. Los argumentos que se aducen ya no son únicamente filosóficos sino que pretenden sustentación empírico científica.[64]

La elaboración transita por carriles de preferencias donde el entorno influye y adiciona un plus de equilibrio o de sin razón. Por ejemplo, uno bien puede afirmar que la tasa mayor de accidentes se da entre automóviles y la menor en accidentes de aviación, sin embargo, cuándo se asciende a un vehículo o a un avión, ¿dónde se tiene más miedo?

Entonces, como resulta obvio que la perfección judicial dista de ser posible, por lo que la certidumbre se transforma en lo más parecido a la seguridad jurídica, se han re-

---

funcionamiento neuronal, y su consecuencia en la conducta, investigando como las funciones psicológicas y cognitivas son producidas por los circuitos neuronales. En esta nueva área se involucran diferentes ramas científicas como la psicología cognitiva, la psicobiologia y la neurobiología, como así también la física, la matemática, la lingüística y la filosofía, acompañados de la neurociencia computacional y de adelantos en los métodos de neuroimagen.

Juntos, estos campos han permitido que por primera vez sea posible el estudio directo de las representaciones sensoriales internas, explicando como tal estimulo, produce tal respuesta, gracias al advenimiento de las nuevas técnicas de escaneo cerebral. Cuando se habla de cognición se hace hincapié en una serie de procesos mentales tales como la adquisición, manipulación y/o retención de la información, y/o cualquiera de los otros múltiples procesos neuronales, es decir como la mente los maneja y como estos se traducen en una conducta determinada.

En definitiva al conocer las estructuras cerebrales que intervienen en la predicción de la conducta, los descubrimientos de las múltiples inteligencias, diferencias en los hemisferios cerebrales, tipos de memorias, atención, etc. se logra un mejor entendimiento de las habilidades y aptitudes necesarias para desarrollar estrategias de activación del área específica necesaria para lograr la conducta buscada.

Finalmente, a partir de dichos avances neurocientíficos se abre una posibilidad absolutamente innovadora para la gestión del talento humano.

[64] Garzón Valdés, Ernesto, *Cerebro y responsabilidad penal*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2011 (enero).

creado desde la teoría de la decisión una serie de entornos que hagan de la sentencia judicial una construcción más realista y menos técnica, donde lo primero trabaja sólo bajo condiciones óptimas de decisión y a menudo crea hipótesis, para ser probadas; y lo segundo se forma con proposiciones algo alejadas de la realidad cotidiana.

Ambos espacios concurren y son inescindibles; pero en el campo constitucional las premisas mayores fundamentan y se prefieren a las menores. Es el campo de la equiparación o de la jerarquía de los derechos.

En suma, el juez constitucional tiene ante sí un panorama proclive a insinuaciones y retos que le inhiben la neutralidad absoluta. A sabiendas que tiene un rol político, su tarea y audacia consiste en alejarse de lo concreto para observar la generalidad; de medir el espacio de las individualidades afectadas y las incidencias colectivas.

Por ello son ciertas y se comparten las reflexiones siguientes:

> Particularmente con relación al fenómeno jurídico, el problema de la localización de las claves cerebrales que dictan el sentido de la justicia suscitan las siguientes cuestiones: ¿cuál es la relación existente entre los resultados de la investigación neurocientífica sobre la cognición moral y jurídica y las perspectivas teóricas del derecho? ¿En qué punto se pueden enlazar la neurociencia cognitiva para que ponga en cuestión los resultados de la comprensión y la realización jurídica? ¿De qué forma un modelo neurocientífico del juicio normativo en el derecho y en la justicia puede ofrecer razones poderosas para dar cuenta de las falsedades subyacentes a las concepciones comunes de la psicología (y de la racionalidad) humana? ¿En qué medida es posible saber dónde termina la cognición y empieza la emoción en el proceso de realización del derecho? ¿Qué alcance puede llegar a tener esa perspectiva neurocientífica para el actual edificio teórico y metodológico de la ciencia jurídica? O, ya que estamos, ¿de qué manera cambiará nuestra concepción acerca del hombre como causa y fin del derecho y, consecuentemente, la tarea del jurista-intérprete de dar "vida hermenéutica" al derecho positivo? Uno de los "fetiches" más comunes de

la ciencia jurídica actual, heredado de la concepción tradicional del método jurídico que busca garantizar los valores de orden, verdad y seguridad jurídica, asegura que los jueces deben limitarse a aplicar a los casos individuales las normas generales dictadas por el legislador, según un proceso de deducción formal lógico-deductivo y subsuntivo. Se trata de una operación meramente descriptiva, cognoscitiva de una norma previamente establecida y "reproductiva" de la voluntad del legislador (a quien cabe la exclusiva responsabilidad de las intenciones axiológico-normativas plasmadas en las leyes). Tal operación, partiendo del presupuesto de la neutralidad emocional, de la racionalidad y de la objetividad del intérprete, reduce el juez al papel de un puro técnico responsable de la aplicación mecánica de las leyes. Los jueces deberían limitarse a una descripción, que puede ser verdadera o falsa, en la aplicación de unas leyes con un significado auténtico preexistente a la propia actividad interpretativa.

De hecho, tanto la construcción hermenéutica como la propia unidad de la realización del derecho elaborada por las teorías contemporáneas se basan hoy en el modo de explicación dominante de la teoría de la elección racional. Su concepto fundamental es el de que, por encima de todo, los jueces son en esencia racionales y objetivos en sus juicios de valor acerca de la justicia de la decisión: examinan lo mejor que pueden todos los factores pertinentes al caso y ponderan, siempre de forma neutra y no emocional, el resultado probable que se sigue a cada una de las elecciones potenciales. La opción preferida ("justa") es aquella que mejor se adecua a los criterios de racionalidad y objetividad por medio de lo cual ha sido generada.

El proceso de análisis indicado contiene, en esencia, una operación incompatible con los conocimientos que la neurociencia nos aporta. La de construir una imagen racional (la de la decisión de los jueces) de algo que parece ser, en sí mismo, una actividad con ciertos componentes irracionales.[65]

2.2. Con tantas prevenciones y advertencias, la tarea de construir una sentencia constitucional excede el dogmatismo

[65] Fernández, Atahualpa, "Derecho y neurociencia", en *Urbi et Ius*, newsletter, núm. 20.

y la teoría, poniendo de manifiesto que la Constitución trabaja no solo para los conflictos que debe resolver la jurisdicción especializada, sino también la administrativa y ordinaria, abriendo así un amplio escenario de intérpretes y ejecutores.

> Porque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del Derecho o, a lo sumo, estableciese unos pocos y precisos derechos fundamentales, pues en tal caso la normativa constitucional y, por consiguiente, su garantía judicial sólo entrarían en juego cuando se violase alguna condición de la producción normativa o se restringiera alguna de las áreas de inmunidad garantizada. Pero, en la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía. No es cierto, ni siquiera en el neoconstitucionalismo, que la ley sea una mera ejecución del texto constitucional, pero sí es cierto que éste «impregna» cualquier materia de regulación legal, y entonces la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución.[66]

Esta diversidad de actores produce un elemento más en la doctrina que sale de una sentencia constitucional, desde que no es igual al plano de desarrollo, es desigual también el panorama de las pretensiones, y obviamente distinto el resultado que cada uno espera.

La construcción, en cambio, tiene un material de uso común que es la Constitución, y ésta la trabajan distintos obreros con artes y oficios disciplinados sin coherencia. Unos prefieren la ética del valor fundamental, otros la justicia intrínseca resultante, a veces el interés superior a preservar o el bien público que se comparte.

---

[66] Prieto Sanchís, Luis, "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales", en *Constitución, ley y proceso*, Roberto González Alvarez (coord.), Ara Editores, Lima, 2013, p. 31.

Pero esa técnica de construcción diversa también encuentra componentes contrapuestos, porque la norma fundamental tiene sentidos opuestos para un mismo derecho o garantía. Por ejemplo en lo que tienen de ejercicio de la libertad, y las restricciones a ella. O el derecho a la privacidad contra la seguridad pública a preservar conociendo datos personales, etc.

> […] Ciertamente, tras el panorama expuesto, pudiera pensarse que estas Constituciones del neoconstitucionalismo son un despropósito, un monumento a la antinomia: un conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares. Sucedería efectivamente así si las normas constitucionales apareciesen como reglas, pero ya hemos dicho (Prieto Sanchís) que una de las características del neoconstitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas. Mucho se ha escrito sobre este asunto y es imposible resumir siquiera los términos del debate. Pero, a mi juicio, la cuestión es la siguiente: si bien individualmente consideradas las normas constitucionales son como cualesquiera otras, cuando entran en conflicto interno suelen operar como se supone que hacen los principios. La diferencia puede formularse así: cuando dos reglas se muestran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro.[67]

2.3. La imposibilidad del juicio común permite elaborar un cuadro de mínimos para la arquitectura constitucional del fallo, propio de la verdadera sentencia constitucional, y asimétrico respecto del pronunciamiento que hagan otras jurisdicciones aunque interpreten también a la Constitución.

---

[67] Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AFDUAM 5 (2001), pp. 201-228. Esta es la caracterización que hace Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentale*s, trad. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 y ss

Bien dice Prieto Sanchís que

> […] no existe una sola teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalismo, ni tampoco una sola alentada o fundada en el mismo; desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (Kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar también defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci).[68]

Cada una tiene parte de razón, y el enfoque que se haga divide los sectores a considerar. Por un lado vemos el problema de la estructura formal, con su anclaje en la teoría del proceso pero con particularidades netamente diferenciadas en la resolución; y por el otro, el aspecto que ahora tratamos, que es la decisión propiamente dicha y las posibilidades de modalizar el cumplimiento y la ejecución de lo resuelto.

En algunas legislaciones se dan pautas para redactar una sentencia constitucional. Dice Bhrunis Lemarie que […]

> La sentencia debe contener: "1) Antecedentes: la identificación de la persona demandada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano, persona natural o jurídica, contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción; 2) Fundamentos de hecho: la relación de los hechos probados relevantes para la resolución; 3) Fundamentos de derecho: argumentación jurídica en que se sustente la decisión ; 4) Resolución: la declaración de vulneración de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.[69]

---

[68] Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 210.

[69] Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante,* Cevallos, Quito, 2011, p. 100.

3. El juicio de ponderación

3.1. En la decisión tiene gran peso específico el juicio de ponderación, cuyo sentido consiste en ofrecer una justificación argumentada con solvencia, cuando se está en presencia de razones de similar encuadre y valor, aunque se manifiesten contrarios entre sí.

Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales, que se producen en el seno de un mismo documento normativo. No así el tercero; por ejemplo, en la sucesión a la Corona de España se preferirá «el varón a la mujer» (art. 57.1 CE) y ésta es una norma especial frente al mandato de igualdad ante la ley del artículo 14, que además expresamente prohíbe discriminación alguna por razón de sexo.[70]

> Sin embargo, el criterio de especialidad en ocasiones también puede resultar insuficiente para resolver ciertas antinomias, concretamente aquellas donde no es posible establecer una relación de especialidad. Ello ocurre en las que algunos han llamado antinomias contingentes o en concreto (Guastini), o antinomias externas o propias del discurso de aplicación (Günther), o más comúnmente antinomias entre principios. Moreso ha sugerido que ello ocurre cuando estamos en presencia de derechos (y deberes correlativos) incondicionales y derrotables, esto es, de deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a la concurrencia de ninguna condición, pero que son prima facie o que pueden ser derrotados en algunos casos. Así, entre el deber de cumplir las promesas y el deber de ayudar al prójimo no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pero es evidente que el conflicto puede suscitarse en el plano aplicativo, sin que pueda tampoco establecerse entre ellos una relación de especialidad, con-

[70] Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 212.

cibiendo uno de los deberes como una excepción permanente frente al otro.[71]

3.2. La ponderación es una herramienta de la razón; con ella se puede hacer un test de equilibrios entre normas, principios y valores, juzgando como lo hemos dicho con anterioridad: el principio se puede volver una garantía inflexible, o una regla volátil, siempre que asegure la mayor satisfacción general de resultado.[72]

Fue Rawls quien introdujo esta suerte de elección entre reglas prioritarias, pero Alexy la formuló en un plano de la filosofía para los derechos fundamentales que ha trascendido por sus logradas explicaciones.

En esta línea se puede afirmar que la ponderación es un juicio de valor, propio de quienes interpretan y deben elegir entre variables de peso similar. La elección tiene mucho de discrecionalidad, de allí que no siempre es posible utilizar este mecanismo.

En realidad es una estructura prevista sobre tres pilares: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Con el primero se interpreta, con el segundo se valora y con el tercero se justifica.

3.3. La forma de elaborar una sentencia constitucional tiene en el camino números encuentros con dichos contrastes. Véase por ejemplo, cuanto sucede en un proceso constitucional destinado a verificar la legitimidad del acto de autoridad pública atacado por lesivo de derechos individuales. Legalidad contra legitimidad, razones contra discrecionalidades, siempre hay un paralelismo entre el derecho constitucional violado y el principio constitucional en que se pretende fundar la actuación denunciada.

La concurrencia de derechos de igual valía son el nutriente que alimenta de continuo la actividad de los jueces constitucionales. La tarea del intérprete es decidir con acierto.

---

[71] Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 213

[72] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil (Sobre el cambio en los principios procesales)*, Editorial académica española, Madrid, 2012, pp. 145 y ss.

Pero ¿qué sucede si no hay opciones a elegir? ¿Qué ocurre si aparecen lagunas en la ley? ¿La omisión inconstitucional admite la generación de soluciones por vía de sentencias?

> La amplitud que tiene la respuesta depende de criterios legales o disposiciones jurisprudenciales. En Ecuador, por ejemplo, el artículo 429 de la Constitución de la República establece que: "*La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia* […]". Mientras el artículo 436 (numerales 1 y 2) determinan que entre las atribuciones que dispone la Corte constan la de *ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.* Asimismo podrán expedir sentencias que constituyan jurisprudencia obligatoria respecto de acciones de protección, cumplimiento, Hábeas corpus, Hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.

3.4. La teoría de Herbert Hart[73] como anticipamos, fue la primera que intentó explicar con método descriptivo, la estructura del derecho y su funcionamiento, sin considerar para ello la justificación moral de las prácticas jurídicas. Hart elabora un discurso interesante que aplica para la teoría del derecho, esbozando un supuesto de relaciones entre eficacia y validez, posibilidades de interpretación, vínculos entre justicia y derecho y entre moral y derecho, más las condiciones de existencia de un ordenamiento jurídico y su aplicación a casos límites como el derecho internacional y el derecho de las sociedades primitivas.

Este concepto de derecho se aleja del pensamiento iluminista que veía al juez como mecánico aplicador de la ley; e inclusive, es una variable del pensamiento de Kelsen que entiende al juez como creador de derecho. En todo caso, está abierto el problema de verificación si puede el juez o no ser creador de derechos.

---

[73] Hart, Herbert, *The concept of law*, Oxford University Press, 1961. Versión en español de Genaro Carrió, *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

> Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de creación del derecho. He sostenido —sigue diciendo Bulygin— que el juez solo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador.[74]

El discurso que trasciende sostiene la *discreción judicial*, como variante de selección entre opciones de validez contrapuesta pero de similar y posible aplicación. Son los que llama *casos difíciles* porque existe más de una interpretación razonable. La selección será llamada después juicio de ponderación.

En cambio, en los *casos fáciles,* se puede volver al silogismo propio de la teoría de la subsunción de los hechos en la norma, siendo en ellos donde aparecen verdaderas restricciones para el juez.

> Se ha dicho, evaluando esta teoría, que […]: "Dado que el juez no cuenta con normas precisas, debe elegir entre alternativas razonables; la sentencia, en estas circunstancias, es esencialmente lo que el juez quiere que sea, aunque dentro de los límites que los realistas pasan por alto. La existencia de estos casos excepcionales permite que el derecho cumpla su segunda función: dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permita considerar las circunstancias del caso concreto (la primera función es dar reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos). El juez encuentra la solución fuera de las normas o principios jurídicamente vinculantes, esto es, en normas no obligatorias".[75]

---

[74] Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean derecho?", *Isonomia*, núm. 18, abril 2003, p. 7.

[75] Cfr. Rodríguez, César, *El debate Hart-Dworkin,* Universidad de Los Andes, Bogotá, 1977, p. 70. Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica,* Edilex, Guayaquil, 2010, p. 99.

La teoría de la decisión sostenida en la discrecionalidad de elegir entre soluciones alternativas, no reconoce reglas de aplicación, aunque se puedan formular estándares de selección entre variables. La prudencia tiende a evitar la arbitrariedad. Por eso Hart decía que [...]

> La decisión judicial, especialmente en materia de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado, porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso, la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica porque algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial.[76]

4. Las reservas morales

4.1. La descripción de Hart fue polemizada por Ronald Dworkin, quien no compartía la extensión de la discrecionalidad, ni aceptaba la inexistencia de reglas ante el desconcierto, o la presencia de disposiciones a resolver con alternancia.

El realismo que se había impuesto al obrar jurisdiccional, quiere encontrarle otros justificativos, dando lugar a la moral como un principio ineludible.

Dworkin no se ocupó como Hart de todo el planisferio jurídico, tan sólo acotó sus reflexiones a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos de derecho constitucional y patrimonial. Es cierto que vuelve con los casos difíciles (*hard cases*), y que antes que formular precisiones, critica la concepción positivista y utilitarista del derecho, expuesta por quien había sido su maestro: Hebert Lionel Adolphus Hart.

4.2. La dirección de su pensamiento está influida por cuanto significa ser un juez del *common law,* destacándose

[76] Hart, ob. cit., p. 252 (versión española).

ello cuando valora y justifica la tarea de interpretación con sujeción a parámetros establecidos.

> La teoría de los principios refuta tres tesis positivistas: *a)* que el derecho consiste sólo en reglas, las que sólo con base en su origen pueden ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que sólo de esa forma se pueden distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato social; *b)* que el juez en casos difíciles posee una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos, y *c)* que en casos difíciles el juez declara un derecho que aún no existe.[77]

Contra de la tesis de la discrecionalidad judicial monta un método que tiene al juez como máximo expositor de capacidades extraordinarias para resolver los difíciles casos donde las normas y reglas vigentes no son claras o están ausentes, debiendo en tal caso preferir la mejor justificación moral para la decisión.

Replica la discrecionalidad de los casos difíciles sustituyendo la ductilidad de elección por principios vigentes en el sistema jurídico; los que dice presentes aun en caso de inexistencia, por la sencilla razón del valor moral de las sentencias.

> Lo que Dworkin combate —dice Zavala Egas— es la tesis que el juez pueda decidir según su criterio cuando se presentan problemas en que no puede aplicarse ninguna norma jurídica o que es contrario a la justicia aplicar alguna. Es decir, cuando existe en el ordenamiento alguna laguna sea del tipo normativa o axiológica (cuando la solución que da el Derecho es injusta) entran a operar los principios propios del sistema y, en consecuencia, no hay actividad discrecional del juez, sino aplicación de una norma, que es el principio, que lo vincula y decide el caso. Es decir, la fuerza del Derecho es superada por los jueces, pero jurídicamente.[78]

---

[77] Rojas Amandi, Víctor Manuel, "El concepto de derecho de Ronald Dworkin, Amandi", *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 14(1), pp. 93-153.

[78] Zavala Egas, ob. cit., p. 103.

4.3. La denominada *teoría de la integridad* requiere que se interprete el orden vigente como expresión de un esquema coherente de principios donde anidan la justicia, la equidad y la no violación del debido proceso.

Recordemos que Dworkin persuade con argumentos *iusnaturalistas* de forma tal que no sorprende cuando asienta en la persona la acción de actuar el derecho. Su recomendación es que tome el derecho como un dato interpretativo y que colabore a la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas.

El derecho para Dworkin no es un producto acabado ni tampoco es la justicia. Es algo menos y algo más. Es algo menos que la justicia porque la coherencia, es decir la virtud de la integridad exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no sólo por un conjunto de normas sino también por un conjunto de principios.

> Dworkin sostiene una idea diferente de coherencia con las decisiones del pasado, conforme a la cual son verdaderos derechos y responsabilidades de los ciudadanos, no sólo los explícitamente contenidos en tales decisiones, sino también los que se siguen de los principios de moralidad política que esas decisiones explícitas presuponen por vía de justificación. A esa peculiar idea de coherencia, que hace derivar de las leyes y otras pautas establecidas en el pasado toda la serie de derechos y deberes de las personas a que acabo de aludir, es a lo que Dworkin llama integridad; y, según él, en la medida en que preside la práctica jurídico-política, puede decirse que los ciudadanos son tratados como miembros de una verdadera comunidad. Para Dworkin la integridad constituye el valor supremo del Derecho entendido como práctica social específica, un valor que una interpretación adecuada descubre como ya presente en la práctica y que, al mismo tiempo, la guía u orienta.[79]

4.4. La integridad que pide para decidir casos difíciles comienza con la coherencia. Con ella pretende que el tri-

[79] Arrieta Castañeda, Ricardo, *La noción de integridad en la teoría del derecho de Ronald Dworkin,* en http://iusconstifil.blogspot.com.ar/2009.

bunal continúe con soluciones iguales en casos simétricos. Se puede expresar como una coherencia institucional, por el valor vinculante que subyace en el principio de igualdad.

Estos principios también tienen sustento moral, de moralidad política, desde que no sería justo ni razonable que un juez se apartara del precedente sin una justificación de sus actos.

> Dice Dworkin que esto es […] "una comunidad gobernada por una concepción única y coherente de justicia, equidad y debido proceso procedimental en la relación correcta". El valor de la integridad está conectado, por tanto, con los valores morales de la justicia, la equidad y el debido proceso, sin confundirse con ninguno de ellos. Según lo expuesto la integridad constituye un valor diferente de la justicia y de la equidad. Pero, como también quedó apuntado, implica a ambas. Significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que se mantiene como subyacente a las normas vigentes con la que se opera al interpretarlas y aplicarlas. Requiere que esa concepción esté integrada por principios de justicia y principios de equidad en la proporción debida. Dworkin subraya esta complejidad de la concepción, esta articulación de principios diversos.[80]

Con los principios queda de lado el método silogístico, el que se usa como suplencia y con expresiones que siempre evocan valores morales y/o políticos, como la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz, etc. La interpretación de estas memorias involucra, inevitablemente, juicios de valor, porque reenvían a las doctrinas morales, a las ideologías políticas de los intérpretes, incorporando estas doctrinas al Derecho en tanto son criterios de validez de las reglas.[81]

5. El derecho dúctil

5.1 Sin que se vea esta presentación de doctrinas relevantes como una evolución precisa de la teoría de la inter-

[80] *Idem*.
[81] Zavala Egas, ob. cit., p. 106.

pretación, es mejor comprenderlas en el marco de las influencias externas e internas que tiene el juez constitucional al tiempo de elaborar la sentencia.

Zagrebelsky introduce en el ensayo "*El derecho dúctil*"[82] la variable de los influyentes externos, como el entramado étnico, religioso, político y cultural que se relaciona con la vida. Con este reconocimiento de factores considera que ninguna norma jurídica puede ser resultado de una apetencia individual y menos aún convertirse en un esquema impuesto a la generalidad.

Cuando se trabaja con la Constitución hay una tendencia clara en considerarla como un cuerpo fundamental intangible que contiene garantías y derechos pensados una vez y para siempre. Implícita se encuentra la soberanía del reglamento y la organización política del Estado sobre ciertas bases ideológicas.

Lo interesante del enfoque que trae el ex presidente de la Corte Constitucional italiana es que esta idea de soberanía —entendida originariamente como situación eficiente de una fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía y unicidad en la esfera política—, se encontraba implícito el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. El Estado soberano no podía admitir competidores; si se hubiese permitido una concurrencia, el estado habría dejado de ser políticamente el "todo" para pasar a ser simplemente una "parte" de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía.

5.2 Cuando se debilita el poder interno de la Constitución aumenta el poder de sujeción que generan las reglas, pero al mismo tiempo el punto de convergencia del ordenamiento jurídico es la Norma Fundamental. Es aquí donde radica esa "*ductibilidad*" de los textos constitucionales.

Es dúctil porque siendo un oráculo donde abrevar, admite —como también lo hizo Hart— una especie de "tex-

[82] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, varias ediciones. Nosotros seguimos: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón) 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003, 156 páginas.

tura abierta del Derecho", en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía.

> Si valoramos la reflexión científica sobre el derecho público en estas décadas, notamos que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otros tiempos, que han sido heredados de la tradición; ahora bien, ya no producen significados unívocos y estables. Por ende, el rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central. Hoy en día el significado debe ser construido.
>
> Las sociedades pluralistas actuales (sociedades marcadas por las presencia de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante), esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. En ese sentido, hay quienes plantean sustituir la soberanía del Estado por la soberanía de la Constitución.[83]

Esta línea argumental no escapa al positivismo que ilustra el tiempo cuando se profiere la tesis, pero a diferencia del imperio de la ley, se entiende que la Constitución profundiza el principio de legalidad, abarcando al ejercicio de la administración, como a todos los espacios donde el que crea la ley como el que la ejecuta o juzga, también están comprendidos.

5.3 En la doctrina del siglo XIX, existía una clara distinción: la ley era una regla establecida por el legislador en

[83] Zagrebelsky, ob. cit., p. 123.

un momento concreto, mientras que los derechos aparecían como pretensiones subjetivas válidas por sí mismas, con independencia de lo que dispusiera el poder legislativo. Esta idea típicamente iusnaturalista implicaba diferenciar entre aquélla, la ley, que surgía por decisión de un cuerpo estatal, y los derechos que tenían una existencia autónoma. Esta separación ya aparecía en Hobbes quien delimitaba el campo de la ley (*lex*), que siempre significaba vínculo, y el campo del Derecho (*ius*) que implicaba libertad en todo caso.

> Después de examinar las concepciones francesa y norteamericana sobre el tema expuesto, el autor defiende que el proceso constitucional europeo contemporáneo se apoya más en el modelo anglosajón —según el cual la ley deriva de los derechos y no al revés—, que en el modelo francés —supuesto contrario al anterior—. Ésta sería una concepción pública y objetiva, legislativa o legalista, si se quiere; aquélla, pre-estatalista, subjetivista y de corte jurisdiccional. No obstante lo expuesto, la concepción relativa a los derechos se coloca, en el ámbito europeo, en una posición equidistante. Se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, pero no niega a ésta un fundamento autónomo propio.[84]

Al considerar el problema del control de constitucionalidad, Zagrebelsky divide el espacio de los sistemas en dos grandes bloques: uno de control abstracto (típicamente europeo), que protege el orden constitucional en su vertiente global; y otro de control difuso (característico del mundo anglosajón), de protección concreta de los derechos subjetivos.

5.4. Comienza aquí cuanto interesa plantear en este capítulo. Así como el siglo XIX dio valor superior a la interpretación auténtica de la norma, que por ello solo sería válido cuando lo realizara el parlamento legislador, dando por cierto y consecuente, que el juez sería únicamente la

[84] Martínez, Faustino, comentario a la obra de Zagrebelsky, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 27, Valparaíso, 2005, p. 632.

"boca de la ley"; el siglo XX en sus primeras décadas cuestionó ese poder y lo encomendó a la jurisdicción, creando tribunales constitucionales que defendieran a la Constitución en sus dogmas.

La tarea fue de pura ejecución. La norma no se podía alterar y por eso la principal función de los tribunales constitucionales de otrora fue proteger que la Constitución no sufriera restricciones, alteraciones o modificaciones. El concepto de los derechos individuales proveniente del derecho civil, como el derecho subjetivo público (como garantías y derechos para todos) acuñado en las Constituciones, reunió la necesidad de tener un entendimiento común, que fuera superior a la voluntad del intérprete.

La solución se produjo mediante la constitucionalización de los derechos, que implicó la unión de dos tradiciones: la de los derechos vinculados a la justicia y la de los derechos vinculados a la libertad.[85] Todo esto significó darles la fuerza normativa de que gozan los textos constitucionales, considerados ahora como auténticas normas jurídicas y no como simples panfletos ideológicos, trasuntos del modo de pensar de la correspondiente facción que ostentaba el poder político.

5.5. Los cimientos de la estructura formal de la sentencia que dicta el juez constitucional se encuentran conmovidos con esta posición. Hart pensó en la ponderación y Dworkin en las reservas morales; pero ahora Zagrebelsky, afirma que el derecho se compone con *principios* y *reglas*. Los primeros se guardan en la Constitución (justicia, por ejemplo), los segundos son encargos de viabilización por los agentes jurisdiccionales.

> Junto a los derechos, el constitucionalismo moderno establece otra segunda nota novedosa: la fijación por medio de normas constitucionales de principios de justicia material, orientados a influir en la totalidad del ordenamiento jurídico. Su justificación radica en las consecuencias perniciosas y en los costes sociales que provocan los derechos orientados a la libertad exclusivamente. Los límites clási-

[85] *Ibídem*, p. 634.

cos del "orden público" y de las "buenas costumbres" han dado paso a la idea de justicia material como objetivo que el poder público busca conseguir. El Estado no sólo impone, sino que ha de incitar a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines. Por ese motivo, dice el autor, que el Derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles, superando así las concepciones kantiana y hegeliana. Existe, por tanto, un orden por encima de las voluntades individuales. Las consecuencias de la constitucionalización de los principios de la justicia son los siguientes: oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales, de suerte tal que la potencia de agresor o disgregador de los derechos (sobre todo, los orientados a la voluntad) hace que la justicia aparezca como un elemento dulcificador, rechazando el mito liberal de que la suma de voluntades particulares produce el orden; recuperación por el Estado de competencias política en el campo económico: ese Estado ya no es una instancia neutral, abstencionista, ni tampoco ha de actuar de modo subsidiario; el Estado no es un mal, sino un elemento básico para conseguir el orden de justicia no espontáneo y es en el aspecto económico donde se potencia dicha actuación, desempeñando una labor de protección activa (el Estado social de Derecho encaja aquí a la perfección, poder que reconoce la propiedad privada y la libre iniciativa, al mismo tiempo que valora las exigencias de la justicia para la tutela de las necesidades generales); cambio en la relación del hombre con el medio ambiente: los derechos-voluntad deben ser ejercitados en un marco que permita garantizar la supervivencia y asegurar una equitativa y genérica utilización de los recursos por parte de todo el mundo; desconfianza del hombre frente al hombre, cuyo exponente supremo es el ejemplo de Auschwitz, que implica la exigencia de plegar la propia voluntad para aceptar las demás voluntades y convertirla en un posible objeto de juicio de validez formal y material.[86]

[86] Martínez, Faustino, reseña de la obra "*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*", de Gustavo Zagrebelsky, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLII, núm 124 (ene/abril, 2009), p. 417.

El bastimento ideológico de los principios se deja en el juez, para que actuando en el caso concreto no pierda de vista cuanto persigue el orden legal general. En la búsqueda del equilibrio no hay métodos previstos. La variedad y la ausencia de una jerarquía entre los mismos interactúan. La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico.

6. La influencia del precedente

6.1. Cada una de las posiciones resguarda un temperamento propio en los que pueden sumarse convicciones y creencias que aumentan los materiales propios de una obra intelectual como es la sentencia.

Es indudable que lo intuitivo forma parte del elenco, pero en la rigidez de los principios impuestos para la justificación o loa argumentación, su alegato bien podría ser llamado "designio de arbitrariedad".

> En nuestro derecho —dice Lorenzetti— son los principios jurídicos los que cumplen la función de evitar el subjetivismo. Los tratados internacionales y la constitucionalización del derecho civil han impactado fuertemente en este tema, incorporando un catálogo impresionante de principios de toda índole, con ubicación normativa. La ley también los incorpora con una frecuencia abrumadora, tendiéndose a legislar por principios y no por supuestos de hecho. De este modo, los principios se aplican no tanto por ser tales, sino por tener reconocimiento constitucional.[87]

6.2. Para evitar la dispersión y provocar una suerte de "*función nomofiláctica*" o depuradora de la decisión, la tendencia a seguir lo resuelto por tribunales superiores es una manifestación elocuente.

En los tribunales constitucionales es un designio habitual, pero en los modelos de control difuso, donde se re-

[87] Lorenzetti, ob. cit., p. 210.

suelve por caso, la validez del criterio uniforme y repetido no tiene tantos adeptos ni defensores.

Algunos afirman que esto es un riesgo por el poder que tiene el juez que se aísla para dar convicciones singulares según su criterio.

> Los tribunales de superior jerarquía o de último grado, aparte de la preeminencia jerárquica, formal o material, de que están investidos por sobre los jueces y tribunales que les siguen en grados inferiores, ejercen una cierta autoridad implícita que viene determinada a nuestro modo de ver por los siguientes factores:
>
> "a) generalmente están integrados por los jueces mejor calificados, con mayor experiencia, aquellos que gozan de cierto prestigio o reconocidas cualidades al realizar su función;
>
> "b) encabezan a un gran número de jueces que por lo regular procuran que sus fallos no sean revocados por sus superiores jerárquicos, con el fin de propiciar las condiciones que les permitan ascender en el organigrama judicial; y
>
> "c) el número de jueces que los integran, permite inferir que los criterios por ellos sustentados tienen como base análisis exhaustivos, seriamente discutidos y razonados acerca de la cuestión planteada, por lo cual deben tomarse como pautas a seguir por el resto de los juzgadores.[88]

El precedente es un concepto huidizo, del que nos ocuparemos más adelante, que a los efectos de formar y fundar la sentencia constitucional recibe el contrapeso de varios contingentes. Uno es el concepto propio para entender cuándo hay precedente vinculante; otro es la reiteración del supuesto fáctico; además cercena el *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y limita el principio teórico de la jurisdicción afincado en el poder del *iudicium* (decir el derecho), porque otro lo dice por él.

> Suele establecerse una diferencia entre doctrina constitucional proveniente de la sentencia que la elabora, y juris-

[88] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83 (mayo/agosto 1995), p. 233.

prudencia constitucional vinculante. La Corte Constitucional de Colombia[89] sostiene que […]: "Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio […].

Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogía legis*, y se la contrasta con la *analogía juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada".

6.3. Ulpiano decía que […] "*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*" (jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto). Máxima que ha perdido vigencia, para radicar hoy en un sentido más técnico en el que se aglutina una dimensión empírica y otra de valores (axiológica), dentro de lo que se conoce como teoría tridimensional del derecho.

[89] Sentencia C 083/1995.

Pero la jurisprudencia constitucional suele encontrar mejor recepción actuando como facilitador en la teoría de la decisión.

> De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la integración de la unidad normativa por parte de la Corte es un mecanismo excepcional, que opera "… cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado". A partir de esta regla, la Corte ha diferenciado dos planos en que resulta aceptable la integración de la unidad normativa. El primero procede en los casos en que las expresiones acusadas no configuran en sí mismas una proposición jurídica autónoma, bien porque carecen de contenido deóntico claro o requieren ser complementadas con otras para precisar su alcance. El segundo es aplicable cuando si bien lo demandado conforma una proposición normativa autónoma, tiene un vínculo inescindible con otros textos legales, de manera que si se omitiera la integración, la decisión que adopte la Corte resultaría inocua. Igual criterio es utilizado cuando dicho vínculo se predica de una norma *prima facie* inconstitucional.[90]

6.4. En síntesis, la teoría de la decisión en materia de sentencias constitucionales navega en un mar de incertidumbres. No hay límites claros entre cuanto significa *interpretar* los hechos y el derecho para alcanzar un resultado valioso; respecto del *argumento* que se utiliza en la *justificación*.

Bien pueden ser también etapas de un mismo procedimiento, en los que las herramientas de uso son diversas o compiladas. Vale decir, o se utiliza un solo método de interpretación o varios al mismo tiempo.

---

[90] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C- 634/11

En prieta síntesis se vuelve al planteo entre *originalistas* que no quieren que los jueces hagan prevalecer en la decisión sus propios valores y criterios; y *no originalistas* que no tienen en cuenta este cartabón por interpretar que la Constitución tiene un marco de adecuación a la realidad viviente.

CAPÍTULO V

LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL COMO ACTO POLÍTICO

1. La sentencia como acto político

1.1. Cuando Kelsen planteó que el juez podía crear derechos con una sentencia, convertida al efecto, en una norma individual, se provocó al positivismo exacerbado que desconocía esa posibilidad, entendiendo que el juez solo era la boca de la ley.

Este fue el regreso a una tesis presentada como "el gobierno de los jueces", es decir, plantear que desde una decisión judicial se podían establecer imposiciones generales que valdrían como la ley aunque fueran provenientes de un sujeto sin legitimidad representativa.

El conflicto no solo fue europeo, porque también Estados Unidos de América, con su propio presidente Theodore Roosevelt, dijo en 1903 que no se podía aceptar la intervención judicial en la vida económica del Estado; así como resultaba un contrasentido pensar en un juez legislador.

1.2. Edouard Lambert[91] replanteó el tema, acordando un cierto rol político a la decisión, criticando aviesamente la legitimidad democrática del Poder Judicial. La oposición al gobierno de los jueces se hizo patente.

Para la mayoría de quienes aceptaron la tesis, el poder jurisdiccional se reconocía en varios estamentos. Uno que razonaba sobre la creación del derecho, donde el poder de

[91] Lambert, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du controle judiciaire des lois*, M. Giard & Cia. París, 1921, p. 276.

veto convertía al juez en un legislador negativo (Kelsen). Otros, apuntaron a la iniciativa legal, que cual si fuera un proyecto parlamentario, igualaba el criterio con el poder accionar de oficio el control de constitucionalidad.

No faltaron posiciones basadas en principios y reglas del razonamiento, que partiendo con ideas de Kelsen, sostuvieron que la sentencia tenía posibilidades de imponer presupuestos de aplicación creados al amparo del poder de la jurisdicción.

1.3. Una posición intermedia entre esquemas polarizados llega con Maurice Hauriou, que establece la noción de súper legalidad constitucional, que comprende no sólo lo que consta en la Constitución, sino también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas, que son la base del Estado, y los principios políticos, que lo son del gobierno. Estos principios integran una especie legitimidad constitucional colocada por encima de la Constitución escrita.[92]

Deviene entonces el apoyo incondicional a la actuación preventiva (evitar que la inconstitucionalidad se consagre) o represiva (declarar la inaplicabilidad la ley) siendo un baluarte de la interpretación.

> La consecuencia importante es que Hauriou entendía que los tribunales debían negarse a la aplicación no sólo de las leyes que estuvieran en contradicción con disposiciones de la Constitución, sino también de las que estuvieran en contradicción con leyes fundamentales, escritas o no; y que por leyes fundamentales había que entender los principios inscritos o no en la ley cuyo respeto es indispensable en un momento dado para el mantenimiento del orden público y la paz social. Siguiendo esta línea, las competencias del órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes deben incluir las de rechazar la aplicación de una ley que sin contener una violación de una regla constitucional escrita está ciertamente en con-

[92] Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción y estudio preliminar de Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927, pp. 326 y ss.

> tradicción con un principio de derecho superior no escrito y que la conciencia colectiva percibe fuertemente que se impone al Estado.[93]

Sin embargo, a los fines de comprender si una sentencia constitucional puede contener definiciones políticas, la teoría no es muy clara al continuar diluyendo el problema entre dos variables imprevistas. El poder del pueblo llevaba al absolutismo del pueblo, ya denunciado por Hauriou, quien advertía una confusión entre soberanía popular y Parlamento, y de lo cual, aparecerían Constituciones como la de 1875, en donde el ciudadano no encontraba garantías frente al legislador.[94]

2. Las llamadas cuestiones no justiciables

2.1. Una sentencia de contenidos políticos es diferente a la limitación para actuar en cuestiones políticas; y al mismo tiempo, es una decisión de política jurisdiccional resolver si el juez o tribunal va a entender sobre dichas cuestiones.

El juego de palabras acentúa la necesidad de exponer sobre cada aspecto, sin perder de vista que la respuesta que procuramos encontrar se dirige al contenido mismo del pronunciamiento constitucional, toda vez que la reticencia a investigar los actos de la administración está actualmente abandonada y, podríamos afirmar, que se encuentra totalmente desechada.

> Decía Marshall al referirse a la capacidad de los jueces de aplicar la Constitución [...] "y si ellos pueden interpretarla toda, ¿cuál parte de ella no podrán leer u observar? Por otra parte, ¿con qué objeto se habría dispuesto que los jueces debieran jurar que la defenderán? ¡Cuán inmoral sería obligarlos a jurar si ellos mismos debieran ser los instrumentos conscientes de la violación de la Constitución que juraron defender!".[95]

---

[93] Gómez Orfanel, Germán, "Ley y derechos. La incontrolable vinculación constitucional del legislador en el modelo histórico francés", *Revista Piélagus*, núm. 2, Universidad Surcolombia, p. 22.

[94] Hauriou, ob. cit., pp. 145-156.

[95] Caso *Marbury vs. Madison*, 1803.

2.2. En todo caso, la restricción judicial pondera otros valores, lejanos al impedimento entendido como obstrucción entre poderes.

Es cierto que el control sobre los actos políticos o de gobierno que afectan derechos individuales o colectivos encuentra permiso constante de atención judicial; pero más comprometido es el acto de legislación general tomado en el plano de un programa a desarrollar, donde se ha decidido con la política del mal menor.

Esto es tan común en las leyes de emergencia, o en los estados de necesidad, que la resolución a tomar se pone entre los casos de difícil opción, aunque jamás en el terreno de la prohibición expresa.

> Dice Brewer Carías que […] "la noción de acto de gobierno, como actos del ejecutivo dictados en ejecución directa de normas y atribuciones constitucionales, siguiendo, sin duda, los criterios de la vieja doctrina europea, a lo que conduce en nuestro país (Venezuela) es a identificar un tipo de acto estatal que, por ser dictado en ejecución directa de la Constitución, sólo puede ser controlado jurisdiccionalmente por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia (art. 215, ord. 6º de la Constitución). Por tanto, la noción de acto de gobierno en Venezuela está condicionada por un esquema formal de ejecución del derecho por grados, y nada tiene que ver con una pretendida inmunidad jurisdiccional de los mismos que lamentablemente, en una decisión aislada de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, de 29-4-65 se ha declarado en forma evidentemente contraria al artículo 215, ordinal 6º de la Constitución. En esa decisión, la Corte ha señalado que "en lo relativo a los actos que el Presidente de la República está facultado para realizar en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, un atento examen de las mismas conduce a la conclusión de que determinadas actuaciones presidenciales en cualquiera de los dos caracteres de Jefe del Ejecutivo Nacional o Jefe del Estado Venezolano asignados a aquél por el artículo 181 de la Constitución, están excluidos de control jurisdiccional de constitucionalidad en atención a que por su propia esencia son actos de índole eminentemente política

> o actos de gobierno, o de índole discrecional; situaciones en que no cabe aplicar a los motivos determinantes de la actuación el expresado control constitucional: Entre tales actos se encuentran según el artículo 190 de la Constitución Nacional los siguientes: "Fijar el contingente de las Fuerzas Armadas Nacionales; convocar al Congreso a sesiones extraordinarias y reunir en Convención a algunos o a todos los gobernantes de las entidades federales". Sobre esta decisión de la Corte, sin duda aislada, sólo debemos repetir que "abre una brecha inadmisible en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales, que debe rechazarse".[96]

Cuanto concierne a poner límites al control sobre decisiones políticas es la prudencia, también llamada doctrina de la autorrestricción (*self restraint*), por la cual se acepta intervenir como institución destinada al control de constitucionalidad de todos los actos legislativos y reglamentarios, con el freno de la prudencia impuesta.

> Decía Linares Quintana que […]: "La prudencia política —inherente a la discreción de los poderes políticos— consiste en discernir y distinguir, con miras al interés común, para seguir lo primero y huir de lo segundo, lo que es bueno o malo, útil o inútil, necesario o innecesario, eficaz o ineficaz, adecuado o inadecuado, acertado o desacertado, acomodado o desacomodado, y en general conveniente o inconveniente, para seguir lo primero y huir de lo segundo. El criterio de la prudencia política es el que debe emplearse para discernir lo que es una cuestión política no justiciable, pero como criterio político que es, no permite establecer una frontera clara, precisa e indiscutible entre el ámbito político y el jurisdiccional, ya que entre uno y otro se encuentra una zona gris dentro de la cual puede encontrarse dificultad para la discriminación. Por otra parte, el criterio de la prudencia política puede variar con el transcurso del tiempo y la modificación de las circunstancias, como lo demuestra la evolución del concepto a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados

[96] Brewer Carías, Allan, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977, pp. 84 y ss.

> Unidos y también de nuestro más alto tribunal. De todos modos, tratándose de una excepción a la regla general de la competencia del poder judicial para conocer de los casos constitucionales, la interpretación debe ser de carácter restrictivo, limitando la calificación de políticas únicamente a las cuestiones puramente políticas, o sea, libradas absolutamente a la discreción de la prudencia política, claro está que dentro de los cauces constitucionales. Porque el ejercicio de la prudencia política en manera alguna permite al Congreso ni al Presidente actuar fuera de las atribuciones que les ha determinado la Constitución, ni violar los derechos constitucionales de los habitantes. Simplemente se trata de que las decisiones políticas que la Constitución ha atribuido exclusivamente a los poderes políticos del gobierno, estén exentas del control judicial, cayendo dentro del campo de la responsabilidad política ante el electorado, en función del principio de la separación de los poderes".[97]

2.3. Quiere decir, entonces, que las cuestiones políticas no traen inconvenientes en la construcción de una sentencia constitucional, porque al no quedar asociada con los actos de gobierno, su control es pleno y efectivo.

Obviamente así una decisión puede trabajar con cuestiones políticas sin desmembrar el principio de la separación de poderes; ni cuestionar las razones que el Estado haya tenido para obrar como lo hace.

La actividad de control versa sobre la legalidad y la constitucionalidad, que bien puede ser realizada por órganos diferentes (v.gr.: justicia ordinaria o administrativa), como lo es en algunos países de América Latina (v.gr.: Colombia).

> En Alemania, en cambio, la no justiciabilidad de las cuestiones políticas está presente en dos direcciones teóricas: en una dirección formalista el acto político, el cual es determinado por el interés común y caracterizado por su discrecionalidad en comparación con el acto administrativo (actividad reglada) encontrándose la actividad libre pre-

[97] Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. 3, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, pp. 467-468.

> sente en todas las funciones materiales (legislación, política exterior, relaciones Gobierno-Parlamento), y en una dirección antiformalista los actos políticos son fruto del dominio de la política, es decir aquel campo en que el Estado determina e impone su esencia misma, en cambio la Administración pone a disposición los medios o instrumentos necesarios para realizar sus funciones políticas. Subyace a ambas direcciones el peso del principio monárquico, y un espacio de desvinculación a derecho en la actividad estatal. En Alemania el Tribunal Constitucional Federal no emplea la doctrina de las "cuestiones políticas", sin embargo autolimita su competencia frente a actos encuadrados en relaciones internacionales o conducentes a la a celebración y ejecución de éstos. Incluso más el Tribunal ha creado la "teoría de la aproximación", en virtud de la cual el Gobierno federal puede negociar y concluir un tratado, incluso si sus previsiones no son compatibles con la Constitución, si según criterios constitucionales la situación es peor sin que con la conclusión del nuevo tratado.[98]

2.4. A veces, la cuestión política impregna de ideología a la sentencia, propiciando con ello el fenómeno de la politización de la justicia. Carl Schmitt sostuvo que dar una expansión de semejante naturaleza a los jueces convertía a los tribunales en instancias políticas despojándoles su sentido jurisdiccional.

A su entender ningún Tribunal especializado llega a conocer de verdaderos conflictos constitucionales, ni existe un proceso auténtico sea como criterio técnico o procesal en el que […] "las partes en conflicto deben estar en una cierta relación a la Constitución de que resulte su papel de partes en función de su legitimación activa y pasiva. Esta situación sólo podría darse cuando la Constitución fuese considerada como un contrato […]. Pero la Constitución no es un contrato".[99]

---

[98] Zuñiga Urbina, Francisco, "Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas", *Revista Ius et Praxis*, año 14, núm. 2, Talca, 2008, pp. 271-307.

[99] Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega García, Tecnos, Madrid, 1983, p. 155.

Agregó también un fundamento que luego se utilizó reiteradamente, destacando cómo se desnaturaliza la función judicial al convertirla, prácticamente, en un órgano legisferante, puesto que en definitiva de lo que se trata es de fijar el contenido de una ley. Las agudas observaciones de Schmitt no perdieron de vista el famoso "veto judicial" que a través de los tribunales constitucionales se lograba, llegando a cimentarse el no menos polémico gobierno de los jueces.[100]

En realidad, la idea de considerar cuestiones no justiciables está en retroceso. La idea que se mantiene es evitar que los jueces intervengan donde no es necesario, sea porque se plantea el conflicto como una consulta, o se refiere a espacios donde el caso no tiene contenido constitucional, ni se trata de motivos trascendentes o de gravedad institucional.

De allí que no interesa que la decisión sea política y, por tanto, que se presente como materia expurgada de la revisión judicial. Por ejemplo, se ha dicho que las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamientos de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, configuran una cuestión justiciable en la que le compete intervenir a la Corte Suprema por vía de recurso extraordinario sólo cuando se acredita la violación del debido proceso legal.[101]

3. La decisión política

3.1. La composición de los tribunales representa una variante del problema, pues la adhesión —hipotética— a cierta línea de pensamiento (político) puede ocasionar condicionamientos o fidelidades; las que por esa maleable situación pueden arrojar decisiones vacilantes perjudicando la seguridad jurídica ante una jurisprudencia inconsistente.

Veamos con ejemplos de decisiones políticas, cuanto arrojan de seguridad o riesgo para el ordenamiento jurídico de que se trate.

---

[100] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 24.

[101] Fallos 329:12.

3.2. En *Venezuela*, el 10 de Mayo de 2012 la Asamblea Nacional decidió desaprobar la ley que incorporó al país al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El Tribunal Supremo de Justicia, por su parte, en sentencia N° 1572/08 de Sala Constitucional del 18 de diciembre de 2008, había dicho que era conveniente desconocer la autoridad de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que había otorgado indemnizaciones a magistrados ilegal e ilegítimamente destituidos.

> A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos […], se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, que es la Sala Constitucional.

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta sentencia excede la interpretación. Aconseja al Estado salir del Sistema Interamericano y desconocer la ejecución directa de sus fallos. Sus predicados no son propiamente aplicables al caso que juzga. La decisión mira hacia

adelante, se comporta con una finalidad distinta a interpretar la norma o resolver el conflicto singular.

> La sentencia fulmina diciendo que […]: "Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

3.3. La Sala Constitucional, como intérprete de la Carta Magna, entendió que solo ella podía determinar cuáles eran las normas sobre Derecho Humanos contenidas en la Convención Americana, que prevalecían en el derecho interno. De otro modo, pensó que se podía desnaturalizar el principio de la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico.

> Muchas veces la Sala Constitucional elude el control de constitucionalidad sobre normas jurídicas generales y abstractas, por entender que son actos normativos de ejecución directa de la Constitución. Éstas disposiciones, de cualquier rango y especie, sostiene la Sala que ostentan la nota de generalidad y abstracción, que las hace insusceptibles del control de la constitucionalidad por una vía judicial, pues el resto de la actividad del Estado, que se desarrolla en ejecución directa de la ley es de rango sublegal, aun cuando esté viciada de inconstitucionalidad. Por tanto, no cabe para su control jurídico la acción popular de inconstitucionalidad —en tanto mecanismo procesal de control concentrado— ni el control difuso, sino la declaratoria jurisdiccional de anulación por parte del juez a

> quien compete el control de la legitimidad o adecuación a Derecho de la actividad de que se trate, sea estatal o privada, general o particular.[102]

3.4. Otro caso se da en *Colombia*, aunque diferente en el modo de ejecutar el poder político de la Corte Constitucional.

Cuando se opinó quiénes eran los órganos capacitados para promover una reforma constitucional, anticipó que el tema excedía el espacio de la simple interpretación.

La jurisprudencia constitucional tuvo en cuenta que el poder de reforma de la Constitución está sometido a límites, tanto de carácter procedimental, que refieren a las reglas de deliberación democrática que anteceden a la reforma, como sustantivos, dirigidos a evitar el exceso en el poder de reforma, de modo que el texto resultante de la modificación no guarde entidad con el concepto de Constitución que la antecedió.

> El juicio de sustitución no puede confundirse o tornarse con un control material del acto legislativo. Ello por dos razones simples: 1) toda reforma constitucional, por definición, contradice el texto que modifica, de modo que resultaría un contrasentido afirmar que el texto reformado tiene efectos ultra-activos para efectos del control constitucional; y 2) tanto el texto reformado como la modificación tienen el mismo carácter de normas superiores, razón por la cual no es viable considerar que el primero sirva de parámetro para el control del segundo. Es decir, no existe una relación jerárquico-normativa entre el contenido de la Constitución promulgada originalmente y el texto de la reforma constitucional.[103]

La decisión fue prudente y políticamente correcta, porque expresa con fundamentos los límites de la competencia funcional de cada parte que integra el Poder del Estado.

Así, ha diferenciado entre la destrucción, la supresión, el quebrantamiento y la suspensión de la Constitución. En

---

[102] Sentencia Nº 554 de Sala Constitucional, Expediente Nº 08-1443 de fecha 13/05/2009.

[103] Sentencia C-303/10.

cuanto a la pérdida, que se deriva de la actuación de un nuevo poder constituyente generado de un acto revolucionario, se afirmó que [...]

> Ciertamente se trata de un fenómeno distinto del de reforma, pero que tampoco encaja dentro del concepto de sustitución acuñado por nuestra jurisprudencia, por la sencilla razón de que la destrucción de la Carta implica también la del poder constituyente que le dio origen, mientras que la sustitución se refiere, fundamentalmente, a un cambio constitucional de gran magnitud, pero realizado por el Constituyente derivado y que no necesariamente desconoce el origen de la Carta sustituida emanada del Constituyente originario que la estableció, aun cuando lo usurpa. Respecto al fenómeno de la supresión, el mismo falló denotó que [...]: La conservación de la referencia al poder constituyente en que se basaba la Constitución suprimida aproxima esta noción al concepto de sustitución de la Carta operada mediante reforma, pero en la modalidad de sustitución total. Así pues, la supresión encuadra en el concepto de sustitución que tradicionalmente ha manejado la Corte Constitucional, aun cuando procede aclarar que la jurisprudencia colombiana ha introducido matices en el concepto de sustitución al aludir a la posibilidad de sustituciones parciales o de sustituciones transitorias que no parecen encuadrar del todo en la categoría de la supresión, tal como la ha delineado la doctrina".[104]

3.5. En fin, muchos son los testimonios que se pueden aportar dando cuenta de la actuación política dentro del sistema de controles. Precisamente porque toda intervención judicial en las acciones del Estado, supone aceptar un criterio amplio, donde el subjetivismo de la interpretación pueda tornar flexible el rigor constitucional; o establecer un criterio rígido que petrifique la Constitución, entendiendo que sus normas se deben aplicar sin otra lectura que la interpretación exegética permita.

De todos modos hay una notoria diferencia entre sostener el *self restraint* en sistemas de control difuso, como el

[104] Sentencia C-588/09.

americano; y aplicarlo en modelos concentrados en los cuales, precisamente, se trata de impulsar el control de constitucionalidad en todos los actos y resoluciones.

La dinámica se torna evidente en la jurisprudencia de la Corte Federal de Estados Unidos, donde en 1946 calificó como política la decisión del Estado de Illinois de dividir la jurisdicción electoral en distritos (alterando así l proporcionalidad de la representación). En 1950 persiste con la inhibición cuando mantiene la doctrina respecto de la elección del gobernador dispuesta en el Estado de Georgia.

La Corte dijo [...]:

> "Los tribunales federales siempre negaron de ejercer sus poderes en casos que presentan cuestiones políticas que surgen de la distribución por un Estado de peso electoral entre sus distritos electorales".[105]

En 1962 la autolimitación encontrará un sesgo con el caso *Baker vs. Carr*, cuando un grupo de votantes del Estado de Tennessee se alzaron contra el Estado por la desigualdad que tenía la representación por distritos electorales según se tuviera mayor población. Esta violación al principio de igualdad que antes se había considerado como "no justiciable" se observa, ahora, contraria al federalismo y violatoria de la separación de poderes.

> William Brennan, en su voto, sostuvo que la doctrina de la cuestión política es aplicable solamente cuando el texto de la Constitución demuestra que la cuestión está encomendada a un poder no judicial del gobierno federal; o no existen criterios jurídicos para su solución; o su solución depende de una decisión antecedente de naturaleza política, es decir, discrecional; o la intervención judicial implicaría no respetar una política ya establecida por otro poder del gobierno federal, o posiblemente provocaría una situación desconcertante por diferentes pronunciamientos emanados de diferentes departamentos del gobierno federal.[106]

---

[105] Barker, Robert S., "El control de constitucionalidad y la cuestión política en Estados Unidos", en *Temas de derecho procesal constitucional latinoamericano*, edición de Boris Barrios González, Panamá, 2012, pp. 267 y ss.

[106] *Ibídem*, p. 270.

El precedente fue de gran impacto y sirvió de base para la eliminación progresiva de las cuestiones políticas no justiciables.

4. La sentencia como acto jurisdiccional

4.1. Fuera de la connotación política que puede estar inmersa dentro de una sentencia sin importar la jurisdicción que la pronuncie; hay otra perspectiva de análisis que no se detiene tanto en lo subjetivo de la decisión, afincando el problema en la naturaleza misma del acto jurisdiccional.

De lo que se trata de resolver es si la sentencia es parte o no del proceso, y en su caso, si se puede aislar la decisión del procedimiento, vale decir si el juicio es independiente de los actos que la preceden.

Para llegar a esta elucubración, algunos sostienen que el proceso es debate y dialéctica argumental confrontada con hechos que se relevan y juzgan; de allí que cuando la lucha se abandona para dar lugar al fallo, ya no hay proceso en sí mismo, porque éste es el tiempo de la controversia y la sentencia es un acto fuera del procedimiento, siendo entonces, un documento.

4.2. Ahora bien, si analizamos a conciencia el conjunto de los actos jurídicos procesales, se destaca en ellos nítidamente la sentencia, momento preciso donde se realiza la función jurisdiccional y que entroniza el poder que ostenta.

Calamandrei sostiene que [...]

> "El juez ejerce jurisdicción solamente cuando decide sobre la existencia de voluntades concretas de ley de la que son destinatarios los sujetos de la relación controvertida" y en esto parece coincidir la mayor parte de los estudiosos, aun contando con discrepancias bien fundadas.[107]

El problema radica, entonces, en los demás actos del proceso judicial que, siendo procesales o judiciales no serían jurisdiccionales en la inspiración de esta doctrina. Lo

[107] Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 45. Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, 2ª ed., Harla, México, 1995, p. 265.

cierto es que dicha conclusión resuelve la naturaleza del acto más importante del proceso, pero desmerece su fundamento intrínseco al dejar fuera de esa condición (jurisdiccionales) a los otros actos del procedimiento, toda vez que el proceso es en sí mismo un conjunto que no puede reducirse sólo a un momento.

Además, los litigios que terminaran sin sentencia por una contingencia de trámite, no tendrán explicación alguna, por cuanto no habrían sido jurisdiccionales los sucesos que le precedieron.

4.3. La posición del juez frente a la norma reproduce el análisis crítico que hace al juicio jurisdiccional, en este conjugarán componentes de variada importancia, de hecho y de derecho, de modo tal que el acto resolutivo podrá señalarse como un hecho jurídico y como un acto jurídico.

Así lo entiende Couture al destacar que:

> La sentencia es un hecho, porque un hecho es todo fenómeno resultante de una actividad del hombre o de la naturaleza; y también un acto, porque es en sí misma un juicio; una operación de carácter crítico", donde el juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (y eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia. Esa labor se desenvuelve a través de un proceso intelectual cuyas etapas pueden irse aislando separadamente y al que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia.[108]

[108] Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición póstuma, Depalma, Buenos Aires, 1979 p. 279.

CAPÍTULO VI

EL VALOR DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

1. Modelos y problemas

1.1. La jurisprudencia tiene un enorme interés práctico al dar certidumbre y previsibilidad al justiciable. Sin embargo, cuando el precedente es de seguimiento obligatorio tiene el contrapeso de impedir al juez la libertad de interpretación.

¿Conspira ello con su independencia funcional?

A veces la decisión judicial está liberada de ataduras y cualquiera sea la jurisdicción que intervenga, puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar. De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

1.2. Con la revolución francesa y los códigos que se dieron en el siglo XIX, especialmente el código Napoleón de 1804, la ley era una declaración soberana que no podía cambiarse; solamente el legislador tenía facultades de interpretar la voluntad popular. Inclusive, la costumbre no constituía un verdadero derecho sino en los casos en que las normas se remitieran a ella (cfr. art. 17 del Código Civil argentino); obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Pero contra esta corriente propia del legalismo francés reaccionó el resto de Europa, sin contar con manifestacio-

nes de los tribunales franceses que reclamaron por una "jurisprudencia constante".[109] Es el tiempo de la "doctrina legal", que permitió, a partir de la reiteración de supuestos analizados sobre puntos idénticos o similares, una guía u orientación de los tribunales superiores hacia los jueces inferiores.

> No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* de la tradición anglosajona. Se trataba, más bien, de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se refería, pues, a un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea (más mecánica) de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. En el *stare decisis*, por tanto, había menos necesidad de respetar la tradición interpretativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos eran análogos. Esto hacía, por ejemplo, que una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*.[110]

Con la casación francesa hasta la elaboración del modelo puro inspirado por Calamandrei, la idea fue que el control de legalidad debía asegurar una exacta observancia y la uniforme aplicación de la ley, entendidos, precisamente, no como valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función.[111]

---

[109] López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Legis, Colombia, 2006, p. 9.

[110] López Medina, ob. cit., p. 10.

[111] Así lo explica Michele Taruffo, quien agrega [...] "Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la nomofilaquia más que como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y

Por su lado, los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

13.3. América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los Tribunales o Salas Constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En consecuencia, la existencia de diversos sistemas, en los cuales, las fuentes del derecho, la relación entre las diferentes ramas y órganos del poder y el papel mismo de la teoría jurídica son diferentes, hace necesario replantear la clasificación tradicional,[112] que recoge de los códigos sustanciales las reglas de la interpretación y aplicación normativa.

Si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni

---

conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando 'políticas de la interpretación' de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, Biblioteca de Derecho Procesal, núm. 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, pp. 156/157).

[112] Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Temis, Bogotá, 1994, pp. 252 y ss.

sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional.[113]

---

[113] Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver

2. Planteos a resolver

2.1. Argentina es un país federal estructurado sobre la autonomía de sus provincias. Ellas son veintitrés (23) y una Capital Federal donde reside el gobierno central. Aquí se ha creado la ciudad autónoma de Buenos Aires.

El art. 5 de la Constitución Nacional establece: "*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones*".

De este modo, la función de los jueces se desenvuelve en actividades simultáneas destinadas a resolver conflictos intersubjetivos, controlar el principio de legalidad administrativa y fiscalizar el control constitucional en un doble contexto:

a) El previsto para la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31); y
b) el que desarrollan los tribunales superiores de cada provincia respecto de sus propias constituciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina desde sus orígenes se arroga la potestad de ser el intérprete final y definitivo del derecho federal ([114]); pero como el sistema de fiscalización trabaja sobre el caso concreto, las sentencias que emite solo resuelven dicha causa sin poder extender la eficacia de la cosa juzgada a otros expedientes o situaciones similares.

2.2. El modelo se ha tomado de Estados Unidos de Norteamérica, siendo entonces el control difuso de constitu-

---

extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve —entendemos— prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales,* Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 341 y ss.).

[114] Fallos 1:340; 348.

cionalidad el que implementa la tarea de todos los jueces para dar cumplimento al principio de supremacía de la Norma Fundamental; pero a diferencia del antecedente, Argentina nunca adoptó el vínculo del precedente (*stare decisis*) que el país del norte resolvió en 1958 (*Cooper vs. Aaron*).

Solo se tiene algo parecido en algunas jurisdicciones donde los tribunales de apelación ordinaria se reúnen para unificar jurisprudencia en los denominados "fallos plenarios", que se tornan obligatorios para los jueces inferiores subordinados a la doctrina legal del superior jerárquico.

2.3. La doctrina plenaria que se establece es obligatoria para los jueces de primera instancia del mismo fuero que pronuncia el acuerdo, aunque pueden dejar a salvo la opinión en contrario. El art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (federal), declara que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquélla sea tribunal de alzada, y sólo es susceptible de modificarse por medio de otro plenario. El mecanismo está vigente desde su creación por el art. 27 del decreto/ley 1285/58; y se integra con el art. 288 que reglamenta el recurso de inaplicabilidad.

Sin embargo, el desenvolvimiento natural de estas disposiciones encuentra numerosos condicionantes que limitan su función unificadora. La crítica principal que se levanta contra la obligatoriedad de los fallos plenarios proviene del sistema de control de constitucionalidad que rige en nuestro país, habiéndose dicho que no puede ser llevada al extremo de negar la libertad creativa del juez en la interpretación de la norma; ya que si se entiende que "el juez crea derecho", su tarea hermenéutica no puede variar en su esencia cuando debe aplicar una norma, surja ella de la tarea legislativa o de un tribunal reunido en pleno. Limitar la libre tarea del juez, llevaría a una situación que, puede significar el producto de una dañina penetración de la burocracia en el ámbito judicial.[115]

[115] CNCiv., Sala B, 12/06/1985, "*Ancarola, Héctor F. c. Tutundjián, Simón*", La Ley, 1986-D, 245.

2.4. Pero no son únicamente cuestiones constitucionales las que afectan este precepto del código y la eficacia que se pretende; también la exposición de motivos de la ley 17.454 (que reforma el código procesal) dijo que "*no ha cumplido plenamente los fines que se tuvieron en vista al establecerlo*", y a pesar de procurarle una estructura más flexible, no ha conseguido esos objetivos pues resultan de una exagerada formalidad los requisitos que se establecen para la admisión del recurso. Inclusive, no escapa al análisis de la doctrina que, si el objetivo es unificar la jurisprudencia, el remedio se puede reemplazar con la casación, sea resuelto en un recurso propio o por medio de un tribunal especial.

Son varias las resistencias que presentan los fallos plenarios. La primera es de orden constitucional. En efecto, decía Sartorio que la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria configura una expresa delegación de facultades legislativas en el Poder Judicial que, por lo tanto, constituyen una transgresión al principio constitucional de la división de poderes.[116] Soler, por su parte, refería como francamente contrarias al art. 31 de la Constitución Nacional la prelación de normas que se derivaba del acuerdo respecto de las leyes que en contrario regulasen la situación.[117]

Nosotros, oportunamente, sostuvimos que la problemática constitucional es un aspecto superado, aunque no resuelto, porque la jurisprudencia repetidamente no se detiene en esta vista porque prefiere armonizar la lectura con las facultades de interpretar la ley.

2.5. Por eso, esa peculiaridad deductiva que permite nuestra Constitución según quien sea el intérprete o ideólogo que la explique, aunque no nos convence, ha logrado solapar un problema de trascendencia.[118]

---

[116] Sartorio, José, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad*, La Ley, pp. 96-799.

[117] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1976, p. 124.

[118] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", en *Respuestas Procesales*, Primera Parte, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 283.

> Los jueces no crean la ley, solo la interpretan ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, agregando que la reunión plenaria de las cámaras nacionales de apelaciones, sólo se justifica cuando el caso a decidir requiera la interpretación legal cuestionada o haga posible la unificación de jurisprudencia. De manera que si las juntas plenarias son admisibles para restaurar la unidad del tribunal de apelación, superando la división en Salas que impone el cúmulo de la labor judicial, no lo serían fuera de los límites del proceso, porque entonces sus decisiones serían abstractas e invadirían facultades propias del Poder Legislativo, como es la de aclarar sus propias leyes (art. 4º, Código Civil), vulnerando en consecuencia, el principio de la división de poderes.[119]

2.6. Otra resistencia proviene por la afectación al principio que establece la cosa juzgada. Este desfasaje pervive en dos situaciones: una respecto de los límites objetivos y subjetivos que cabe otorgar a la *res judicata*, y la otra atiende a la temporalidad del efecto y a la eventual revocabilidad que derivaría del acuerdo jurisprudencial.

> Fue Guasp quien advirtió en la existencia de efectos procesales de la decisión judicial la posibilidad de alterar la cosa juzgada en dos secuencias: una de carácter declarativo (influencia del fallo en ulteriores actividades de declaración de orden jurisdiccional) y otra de carácter ejecutivo (influencia del fallo en ulteriores actividades de ejecución).[120]

Esta clasificación nos interesa en el primer aspecto. La cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en tres dimensiones distintas. El primero comprende a las personas, porque solo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; la segunda se ocupa del objeto procesal, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y el tercero se entiende como la prolongación den el tiempo de la eficacia de la sentencia.

---

[119] Fallos, 249:22.

[120] Guasp, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963, p 437.

Si observamos cómo opera la obligatoriedad del fallo plenario, con relación a los sujetos, ocurre un hecho donde no se verifica que la interpretación dada para una situación legal suscitada entre partes, ocurra con el acuerdo plenario que, en principio no trabaja sobre el precepto *res judicata pro veritate habetur*. En realidad no hay cosa juzgada alguna.

Lo mismo sucede con el ámbito objetivo, donde es muy difícil encontrar una paridad tal de pretensiones que determinen la simetría del supuesto, para que con toda libertad se pueda aplicar analógicamente la doctrina del precedente jurisprudencial obligatorio.

En todo caso el acuerdo plenario puede indicar una orientación a seguir, pero nunca podrá resolver en el tema como si estuviese diciendo en concreto. La opinión sugerida tiene valor interpretativo pero no puede ser obligatoria, porque extenderá el efecto de la cosa juzgada a otro proceso, y hacia terceros que no se vinculan.

2.7. En los hechos, el acuerdo plenario no se concilia con el instituto de la cosa juzgada; tampoco se emparenta, pero sus enfrentamientos son permanentes por el roce que causa el peligro de la retroactividad de la ley.

> Por eso había dicho Podetti que la modificación de un fallo plenario no debe afectar a las consecuencias de las relaciones y actuaciones jurídicas existentes, porque tal modificación no puede incidir sobre los negocios jurídicos celebrados teniendo en cuenta la primitiva doctrina plenaria, aunque su juzgamiento por los tribunales se realice estando vigente el nuevo plenario.[121]

En consecuencia, un nuevo obstáculo para aceptar la obligatoriedad del fallo plenario se encuentra en el conflicto que suscita esta al retrotraer su acción al tiempo en que entró a regir la ley que interpreta, con lo cual se pueden hallar posibilidades retroactivas que comprendan situaciones jurídicas consumadas.

---

[121] Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, 2ª edición actualizada por Víctor Guerrero Leconte, Ediar, Buenos Aires, 2009 p. 308.

3. La doctrina legal

3.1. En orden a lo expuesto la jurisprudencia de Argentina no se colige como tal por varias razones. La primera cuestión asienta en que solo se resuelven casos concretos, conflictos entre partes conocidas y sujetas al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes han sido partes.

El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como "doctrina legal" que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

El segundo tema está con las llamadas "cuestiones federales", que se toman de las "*federal question*" de Estados Unidos, y como allí, ordenan que el máximo tribunal del país se convierta en el fiel y último intérprete de las normas constitucionales.

3.2. El funcionamiento de la jurisprudencia no es simétrica ni tiene iguales expansiones cuando se trata de actividad dispuesta en procesos constitucionales, que en Argentina, tienen una comprensión más amplia respecto a aquellos que definen como tales solo a los procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional.

Entre nosotros, los procesos constitucionales son todos aquellos donde están en juego derechos constitucionales, de modo tal que la función jurisdiccional tiene o adopta un rol social comprometido con la fiscalización de la supremacía y a tono con el principio "*pro homine*".

En procesos comunes las sentencias definitivas no suelen recibir revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; básicamente porque el esquema funcional de los recursos es excepcional y condicionada, y en materias de derecho común y/o procesal solo tienen cabida cuando el vicio de la sentencia es de arbitrariedad manifiesta, que se considera una cuestión constitucional.

3.3. Se recibe la influencia de la la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso

"*Marbury vs. Madison*" (1803) cuando se afirmó que si una ley resulta contraría a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción. De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental. La característica común de ellos es que activan un control "a posteriori", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle, [...]

> Hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE.UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas).[122]

[122] Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional", en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*

3.4. Vincular esta forma de actuación con las sentencias pronunciadas, muestra actividades con origen diverso, en la medida que la petición de control se puede plantear en un proceso directamente por el interesado (control directo, o por vía de acción); o bien plantearse la inconstitucionalidad dentro de una instancia abierta cual si fuera una excepción o defensa; o bien introducir el problema constitucional como un deber del oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad (efecto erga omnes), esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la confianza en los jueces con lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el "*common law*" se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del "*civil law*" que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos ha quedado bastante difuminada.

3.5. Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá

(con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán), por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 3, Porrúa, México, 2005, pp. 145/6.

que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos. Es cierto, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla. Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue ésta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: confiamos en los jueces, sí; pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración.

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos, latinoamericano.

3.6. En definitiva, el control difuso que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. Primero porque tienen un sistema desigual; segundo, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; luego, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales. Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

4. El peso de la jurisprudencia

4.1. En los modelos provenientes del derecho romano germánico (*civil law*), la ley es la fuente principal, y a falta de ella, los usos y costumbres. La jurisprudencia es un complemento junto a los principios generales.

En cambio, en el *common law* la fuente central es la actuación del derecho judicial, de modo que no hay derechos plenos en tanto no tengan ni cuenten con la interpretación realizada por los jueces.

La regla jurisprudencial unifica criterios y da seguridad jurídica, al conseguir previsibilidad y certeza. Otros sostienen que da armonía al sistema e iguala razones con derechos, lo que sería tanto como decir que si todas las personas son iguales ante la ley, el juez debe dar la misma respuesta jurídica a todos los casos iguales, semejantes o análogos.

En algunas legislaciones la decisión del caso se convierte en *precedente* estableciendo un parámetro para casos futuros de entidad similar. Inclusive hubo leyes (hoy derogadas pero aplicables en su definición) que sustentan la idea de establecer con la jurisprudencia un método de creación de derecho estable, a cuyo fin, de la suma constante y reiterada de precedentes se forma la jurisprudencia.[123]

> Conviene destacar que el sistema anglosajón del *common law* equipara la construcción del precedente con la *equity*, que supone recuperar el valor de lo justo y equitativo cuando el formalismo del *common law* resultaba insuficiente dar lugar a la comparecencia requerida mediante los *writes*. Es decir, que la formación de precedentes podía estar contradicha entre una y otra aplicación, pero dando preferencia a las decisiones en equidad. Criterio que fue controvertido por el juez Edward Coke quien sostuvo la supremacía del derecho sobre el poder real, aspecto sobre el cual algunos estudiosos han visto el origen de la excepción de inconstitucionalidad, o prevalencia del derecho

[123] El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (arts. 621 y 627) dispone que para que se siente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia debe emitir cinco fallos uniformes, no interrumpidos por otro en contrario

material sobre el formal o, dicho de otra manera, para hacer prevalecer el *common law* como derecho elaborado por expertos, sobre las decisiones del monarca en desarrollo de la *equity*.

4.2 Entre el modelo de la jurisprudencia aislada que individualmente constituye el precedente (*stare decisis*) y la necesidad de tener un conjunto repetido y consistente de fallos en armonía para formar la obligatoriedad de la jurisprudencia, hay un territorio amplio de posibilidades semejantes.

En algunos casos se ha desarrollado una suerte de *tertium genus* que presenta aplicaciones de los dos modelos, llevando a creaciones intelectuales que ponen distancia entre aquellas según apliquen la teoría de la diferenciación o la formación de la *ratio decidendi*. Ello explica —dice la doctrina—, que a nivel constitucional exista un sistema de precedentes; sin embargo, en el restante ordenamiento jurídico tradicional, no parece tan lógica la situación, pues el mismo conserva su estructura y primacía normativa en cuanto a sus casos particulares refiere, pues allí la normatividad continúa siendo casuística fruto de largos años de elaboración legislativa y recopilación de principios que datan aún del derecho romano.[124]

4.3. Esta asimetría proveniente del origen donde la jurisprudencia se forma, espeja la situación proveniente del modelo francés de control de legalidad y el que tiene como objetivo el control de constitucionalidad, aunque entre valores diversos o divergentes, pueden encontrarse aspectos complementarios e integrados de la misma función.[125]

---

[124] Gutiérrez Gómez, Giovanni Yair, "Sistemas jurídicos y corrientes que determinan el valor de las fuentes del derecho", *Revista de Derecho Privado*, núm. 36, año 2010, Universidad del Externado, p. 35.

[125] Así explica Michele Taruffo, quien agrega [...]: "Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la *nomofilaquia* más que como una actuación del ius litigatoris que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpreta-

Por su lado, los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

> Las cortes constitucionales son guardianes de la Carta Fundamental según el criterio tradicional, y tienen como función esencial, interpretar y desarrollar los conceptos jurídicos indeterminados (tutela judicial, retroactividad, igualdad, medio ambiente, etc.) que portan las Constituciones. De ello se irradia la importancia directa que tiene la actuación de los operadores judiciales para no solo conocer y aplicar la normativa constitucional, sino también las interpretaciones que la Corte hace de la Constitución. Así la doctrina y la jurisprudencia constitucional tiene importancia suprema y exclusiva.[126]

4.4. América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los Tribunales o Salas Constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En Argentina, como no existe un Tribunal Constitucional, el valor de la jurisprudencia radica en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por ello, si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la

---

ción de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando 'políticas de la interpretación' de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto" (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo*. Ensayos sobre la Casación Civil, Biblioteca de Derecho Procesal, núm. 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, pp. 156 y 157).

[126] Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante*, Cevallos, Quito, 2011, p. 41.

actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

4.5. El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional.[127]

[127] Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

5. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

5.1 En el derecho argentino, no hay ninguna norma en la Constitución Nacional que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para los tribunales inferiores. Pero no siempre fue así. La Constitución de 1949 prescribía en su artículo 95 que "*la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales*".

Esta Constitución fue derogada en 1955. Después de aquel intento de efímera vigencia, nunca más se incluyó en la Constitución Nacional una cláusula semejante.

5.2. En 1987 el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso algo parecido a aquello de 1949. En su segundo dictamen, el Consejo, coordinado por Carlos Santiago Nino, sostuvo que el sentido de justicia demandaba que todos los hombres fueran tratados en igualdad de condiciones y que, por ello, era conveniente que los principios sentados por la Corte, a través de una decisión deliberada y reflexiva sobre un punto de la Constitución planteado en un caso, fueran aplicados en igualdad de condiciones, para lo cual era suficiente el sistema del recurso extraordinario federal.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve —entendemos— prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales*, Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, pp. 341 y ss.).

> Se dijo a continuación: "El stare decisis le da valor de fuente normativa general a las sentencias de la Corte Suprema, en la medida que requiere que los jueces y tribunales inferiores acudan a ella cuando se le presenten casos que ofrezcan similitud".[128]

En función de ello, el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso un nuevo artículo para la Constitución, que llevaría el número 101 bis: "*Las decisiones de la Corte Suprema en materia federal serán obligatorias, en cuanto a los principios sentados para decidir casos concretos, para todos los tribunales inferiores de la Nación...*".

5.3. En el orden interno la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en contadas ocasiones aplica obligatoriamente sus precedentes. Siempre trabajando en casos concretos, puede una ley resolver que las decisiones adoptadas sean obligatorias en orden a la interpretación acordada.

Recuérdese que el control de constitucionalidad tiene en el recurso extraordinario federal la única vía de llegada a la Corte Suprema, pero ésta se ocupa de restringir repetidamente el acceso. Por ejemplo, se tiene dicho que el recurso extraordinario no procede para la unificación de jurisprudencia que se estima contradictoria en materia de derecho común y procesal.[129]

5.4. Uno de los casos de asignación expresa fue el art. 19, segunda parte de la ley 24.463, que después de regular el recurso ordinario con relación a los pronunciamientos definitivos de la Cámara Federal de la Seguridad Social, establece que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, serán de obligatorio seguimiento para los jueces inferiores en causas análogas.

---

[128] Cfr. Reforma Constitucional: Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 52. En Legarre, Santiago y Rivera (h.), Julio César, "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical", *La Ley*, 2009-E, 820.

[129] CS, 12/02/2008, "*Dragoevich, Héctor Ramón c/Mº J y DD.HH s/art.3 ley 24.043 (Resol.612/01)*", Fallos, 331:2663.

Por eso se descalifican las sentencias que, a pesar de lo indicado, hacen caso omiso de lo resuelto en los antecedentes y no proporcionan argumentos que justifiquen el apartamiento de la doctrina sentada en ellos, más allá de que incumplen también el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte que resuelven casos similares.

> En este aspecto se afirma que corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación si el recurrente no se hace cargo del precedente de la Corte Suprema que estableció que la procedencia de la vía ordinaria se limita a los supuestos en que se impugnan actos administrativos de la ANSeS, ni realiza crítica alguna a lo sostenido en dicho antecedente, pese a ser de seguimiento obligatorio conforme a lo establecido en el art. 19 de la ley 24.463.[130]

Sin embargo, este único resabio de jurisprudencia obligatoria, fue derogado por la ley 26.025.

5.5. En consecuencia, la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Nación tiene valor doctrinario y aunque decida en los procesos concretos que le son sometidos sin generar sus fallos obligatoriedad para casos análogos, no se puede desconocer que por su implicancia, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a dichos pronunciamientos.

Cuando el caso supone resolver una línea de aplicación legal, la interpretación es vinculante, pues consiste en afinar un criterio constitucional como último intérprete, y por ser órgano de cierre.

En tal sentido, se sostiene que cuando la jurisprudencia de la Corte incorporó el principio de real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión, conlleva a que el juez deba aplicar este criterio.[131]

---

[130] CS, 29/11/2005, "*Barahona, Walter Marcelo c/ Caja de Retiros y Pensiones Policía Fed. - Ministerio del Int. s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.*", Fallos, 328:4229.

[131] CS, 24/06/2008, "*Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros*", Fallos, 331:1530.

5.6. La definición en temas constitucionales convierte a la Corte Suprema en una suerte de Tribunal Constitucional del caso concreto, y sirve para ordenar un diseño de interpretación que obliga, moral o jurídicamente, a los tribunales inferiores; quienes en su caso, deben fundamentar cuando se apartan de los precedentes de la Corte; es decir, que tienen el deber de aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

> Es cierto que la misma Corte dice que [...] "la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance, en mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar".[132]

Por tanto, a veces esa línea o tendencia se morigera diciendo que [...]:

> La Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada de conformidad con la doctrina del precedente "Casal" (Fallos: 328: 3399) en cuanto a la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, ante el tratamiento de agravios introducidos tardíamente por las partes, ya que es la misma jurisprudencia de la Corte que, al limitar el alcance de los términos contenidos en sus decisiones y valorar como acto de suma gravedad la declaración de inconstitucionalidad de una norma, impide hacer aplicación extensiva de un precedente a un supuesto cuyas diferencias resultan sustanciales del que motivó la decisión, máxime cuando ello causaría un efecto semejante a la declaración de inconstitucionalidad de

[132] CS, 23/05/2007, "*Rosza, Carlos Alberto y otros s/recurso de casación*", Fallos 330:2361.

normas procesales vigentes que no fueron siquiera objeto de examen.[133]

5.7. En cambio, como antes advertimos, la jurisprudencia se vuelve señera y obligatoria, cuando se trata de interpretación sobre derechos supranacionales, donde los tribunales están obligados a atender primordialmente otros intereses, como los del interés superior del niño.

En estos casos, garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).[134]

Aparece así una expresión habitual en los fallos, donde la Corte remite al valor moral de sus decisiones. Por ejemplo, ella sostiene que, no obstante que los fallos de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes.[135]

5.8. El principio de igualdad que está instalado como telón de fondo, no significa para la jurisprudencia un obstáculo, porque para la propia ley se advierte e interpreta

---

[133] CS, 12/09/2009, "*Martínez Caballero, Osvaldo s/recurso extraordinario*", Fallos 332:2705.

[134] CS, 12/02/2007, "*García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa Nº 7537*", Fallos 331:2691.

[135] CS, 23/06/2009, "R*omero, Carlos Ernesto c/Andrés Fabián Lema s/desalojo - recurso de casación e inconstitucionalidad*", Fallos 332:1488.

que, el art. 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, aunque ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo.[136]

Con este piso y siempre actuando en un caso individual y concreto, la Corte ha recordado en sus fallos una diferencia importante: la función judicial no es tarea de legislar.

Y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel alto Tribunal, él se funda, principalmente, en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos.

De este criterio jurisprudencial surge que si un tribunal inferior se aparta de un precedente de la Corte no recibirá la sanción que implica la revocación de su sentencia por esa sola circunstancia. La decisión del tribunal apelado podrá ser dejada sin efecto si fuera infundada, pero la falta de fundamento no surgirá del mero apartamiento aludido, sino que debe producirse por otras razones.

5.9. La división entre cuestiones de derecho común (donde se acepta que la jurisdicción no federal pueda tener

[136] CS, 05/12/2009, "*Coronel, Jorge Fernando c/Estado Nacional y otros s/ amparo e inconstitucionalidad*", Fallos 332:1060.

interpretación propia) y cuestiones constitucionales (que la Corte resuelve como órgano de cierre), permite deducir una fuerza especial de los fallos cuando la Corte se expide sobre asuntos federales. Por eso, los tribunales inferiores, para contribuir al desarrollo del derecho en la materia y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica, deben aplicarlos a pie juntillas.

En materia penal la Corte se preocupa con mayor énfasis para señalar el camino.

> Cuando se trata de cuestiones trascendentes como la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la utilización del cuerpo como prueba de cargo, el valor de la intimidad como derecho constitucional antes que como una faceta del derecho privado, entre muchas más, la clásica división entre precedentes aplicados horizontalmente (es decir, continuar la jurisprudencia imperante) y verticalmente (*stare decisis*, propiamente dicho), la Corte ha mostrado que no tiene problemas en cambiar el rumbo del primero y aplicar con rigor el estándar creado como derecho judicial.

Sagüés explica que [...]:

> "Históricamente ha sido la propia Corte la que algunas veces ha dicho que sus fallos cuentan con valor moral, o que los jueces tienen el deber moral de aplicar la doctrina judicial por ella fijada [...]. La expresión "valor moral" o "deber moral" es algo engañosa y poco clara. Si se parte del supuesto que derecho y moral son dos conceptos distintos, aunque con frecuencia conectados, un "deber moral" no implica necesariamente un "deber jurídico", salvo que el derecho lo adoptase (por ejemplo, los deberes de asistencia familiar, de padres a hijos y viceversa). Una significativa muestra de "constitucionalización" de lo moral es el art. 19 de la Constitución Nacional, que habla de la "moral pública" como factor de regulación de la conducta de los habitantes. Pero en el caso de la cotización de la doctrina judicial de la Corte, ¿debido a que ella empleó la expresión "deber moral" o "valor moral", en lugar de, directamente, hablar de "deber jurídico"? Veamos tres posibles respuestas:

"(i) que los jueces tienen que moralmente seguir su doctrina, pero sin que ello significase en sentido estricto un deber jurídico exigible (de hecho, operaría como un consejo o invitación). Esta tesis parte de la distinción entre derecho y moral; y además, considera que si la Corte hubiese querido decir "deber jurídico", lo habría dicho francamente, sin recurrir a expresiones sibilinas.

"(ii) que el deber moral significaba, en resumen, un deber jurídico, pero algo atenuado (menos exigente, pero ¿cuánto?). Esta conclusión puede fundarse en que, en el lenguaje coloquial, los deberes "morales" imperantes también demandan obediencia y cumplimiento, y que hay sanciones si se los infringe, algunas de ellas con ciertas repercusiones jurídicas.

"(iii) que el deber moral importa también deber jurídico. Aquí se puede sostener que como la Corte no es una academia de ciencias morales, ni hace a su oficio pronunciar homilías o sermones, cuando dice de manera terminante que existe un "deber moral" para los jueces inferiores, es porque ellos deben —en derecho— acatarlo. Si ese deber moral no engendrara obligaciones jurídicas, carecería de sentido que el Tribunal lo hubiese enunciado enfáticamente.

"Es de lamentar, por cierto, que para estos enigmas Argentina no haya tenido una solución tan práctica y eficaz como el método griego de recurrir al oráculo de Delfos. A falta de él, ha sido la propia Corte la que después recategorizó el valor de sus fallos y el deber de seguirlos, dándoles el rango de valor y deber "institucional", derivados de la "autoridad institucional" del Tribunal".[137]

6. El *stare decisis* en el *Common law*

6.1. El brocárdico dice: "*stare decisis et queta non moveré*", cuya traducción aproximada sería: "aceptar lo decidido en el pasado y no alterar lo ya resuelto". Este es el concepto que sigue el *Common law*, en la inteligencia que lo resuelto en casos similares no se puede distorsionar con decisiones contrarias o diferentes.

[137] Sagüés, Néstor Pedro, *La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*, La Ley, 2008-E, 837-Derecho Constitucional-Doctrinas Esenciales, t. I, 1161.

> Goodhart llama "la doctrina del precedente individual obligatorio".[138] Según la visión tradicional inglesa, la obligación de seguirlo existe "ya sea que [el precedente] haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada en razón de circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo".

Cappelletti admitió la influencia del precedente en ambos sistemas (*civil law* y *common law*), pero estableció una diferencia de grado que estaba en la estructura más diluida de los tribunales, la inundación de decisiones irrelevantes tapando las pocas significativas, el personal judicial más anónimo y orientado a la rutina: todas estas características [de los sistemas del *civil law*] conducen a su entender, a tornar esa *auctoritas* menos pronunciada, menos visible, y menos dramática que la autoridad de los precedentes en las áreas donde prevalece la tradición del *common law*.[139]

Lo cierto es que la doctrina del precedente no tuvo una cálida recepción en los sistemas de enjuiciamiento que, habiendo copiado el modelo constitucional americano, no se atrevieron a aplicar la obligación de seguir el fallo de un tribunal superior.

Inclusive, Estados Unidos adoptó recién en 1958 la idea inglesa. Y lo hizo en circunstancias comprometidas por el desconocimiento que hicieron los políticos a la fuerza coercitiva del poder jurisdiccional.[140]

---

[138] "[*T]he doctrine of the individual binding precedent*". Goodhart, Arthur L., "*Precedent in English and Continental Law*", 50 Law Quarterly Review 40, 41 (1934). Este artículo, de quien fuera el antecesor de Hart y Dworkin en la cátedra de *Jurisprudence de Oxford*, es tratado por toda la doctrina calificada como una fuente de gran autoridad. Cita de Legarre, Santiago y Rivera, Julio C. (h.), "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1, Santiago, 2006, pp. 109-124.

[139] Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 51-52; cfr. Legarre, Santiago y Rivera, Julio C. (h.), "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", cit., p. 116.

[140] En *Cooper vs. Aaron* la Corte Suprema Justicia americana sostuvo que no se podía permitir a un Gobernador y la Legislatura estatal que dejaran de cumplir las órdenes de la corte federal, toda vez que ellas descansan en la interpretación de la Constitución de Estados Unidos realizada en el caso *Brown contra la Junta de Educación* (347 EE.UU. 483, p. 4). Por ello se rechazó el argu-

> Cross y Harring han sostenido que, lo que distingue a la doctrina inglesa del precedente es su "fuerte naturaleza coercitiva". En el *common law*, bajo ciertas condiciones, el precedente obliga; en el *civil law*, la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica.[141]

6.2. La doctrina del *stare decisis* no es muy clara en cuanto a la dimensión que abarca. A veces basta con el precedente creado sin importar el tiempo y/o las circunstancias. Si hay similitud fáctica, el seguimiento es aplicable. Otras veces, la obligatoriedad es jerárquica y se aplica únicamente cuando la decisión proviene del máximo órgano jurisdiccional; calidad que tiene un escalón inferior cuando se interpreta que la sentencia ha de estar resuelta por un órgano de superior jerarquía dentro de la competencia donde el conflicto se origina.

Explican claramente Legarre y Rivera (h.) que […]

> En el sistema inglés, el *stare decisis* horizontal es predicable respecto de las cámaras de apelaciones, que están obligadas por sus propios precedentes. Hasta 1966 también la *House of Lords* estaba absolutamente obligada por sus precedentes, pero a partir de ese año la práctica sufrió una cierta atenuación. En su famoso "*practice statement*" [declaración de práctica] el máximo tribunal inglés estableció que el principio general seguiría siendo la obligatoriedad horizontal; sin embargo, para evitar que una adhesión demasiado rígida al precedente pudiera conducir a injusticias o restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la *House of Lords* reconoció el poder de apartarse de una

---

mento de mantener la suspensión del plan de Little Rock del Consejo Escolar de acabar con las escuelas públicas segregadas en Little Rock hasta que las leyes estatales y los esfuerzos para perturbar y anular su participación en el caso Brown han sido impugnados y probado en más tribunales.

La política del fallo fue comenzar un tiempo nuevo, no solo para resolver un problema de segregación racial, sino para conseguir la obediencia y sumisión de los tribunales a los fallos de la Corte.

[141] Cross, Rupert, Harris, Jim W., *Precedent in English Law*, 4ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 11; cfr. cfr. Legarre, Santiago y Rivera, Julio C. (h.), "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", cit., p. 116.

decisión previa cuando ello fuera juzgado correcto. El "*practice statement*" fue anunciado el 26 de julio de 1966 y dice así:

> *Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta House como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta House*.[142]

6.3. Julio Cueto Rua, quizás el más importante de los estudiosos argentinos del sistema judicial americano, recordaba en su famoso libro[143] que [...] decidir cuándo un caso es similar a otros era una tarea compleja.

> Requiere flexibilidad y una cierta precisión mínima por parte de quienes intervienen en el proceso de estudio y aplicación de los precedentes judiciales para resolver el caso pendiente de resolución. Como bien se sabe, no existen casos y precedentes iguales. Sólo se los encuentra parecidos, más o menos parecidos. El principio del "*stare decisis*" exige decidir el caso sujeto a su estudio y decisión, siguiendo casos similares decididos en el pasado. Pero tanto el juez como los abogados de las partes siempre se encuentran con casos que exhiben diversos grados de similitud. Algunos son muy parecidos y otros lo son en me-

[142] Ob. cit., p. 119.

[143] Cueto Rua, Julio César, *Common law*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

> nor grado. Pero el principio del "*stare decisis*" debe ser seguido por los jueces y los abogados aunque los precedentes sentados en el pasado exhiban diversos grados de similitud.[144]

Sin embargo, el "*stare decisis*" no necesariamente implica el deber de seguir el más parecido de los precedentes. Cumple con su deber el juez si sigue un precedente parecido aunque no sea exacto. Esta flexibilidad introduce un cierto grado de incertidumbre y puede abrir expectativas inesperadas en los litigantes. Ello ha llevado a algunos jueces y abogados a incorporar un nuevo factor en el proceso de decisión del caso.

Así, el precedente sentado en el pasado sólo se debería aplicar si está de acuerdo con "el *espíritu de los tiempos*" y ha sido seguido en sentencias posteriores como la expresión del Derecho vigente. El juez del *Common Law* está dotado de la facultad de omitir la aplicación de la sentencia precedente en punto (*in point*) y recurrir a la analogía para aplicar otras sentencias precedentes dictadas en casos aunque ofrezcan menor similitud.

Sin embargo, dicha flexibilidad interpretativa no significa que el juez del *Common Law* goza de una irrestricta facultad para decidir el caso según su criterio subjetivo. El significado del "*stare decisis*" es más modesto: el juez puede prescindir de analogías más cercanas y aun apelar al empleo de ficciones para escapar del precedente y ocurrir en su lugar a otros casos cuya similitud resulta de pensar el caso pendiente de resolución "como si" fuera parecido a otras analogías más cercanas.[145]

6.4. Lo que sucede en el *Common Law* que no es igual en el derecho judicial continental es la diferencia en el concepto de autoridad. El peso no es tanto de la jurisprudencia como sí de la jurisdicción. Pensar en apartarse de un equivalente fáctico parece tanto como negar la autoridad de quien juzgó un caso igual. No se puede admitir que el sis-

[144] Cueto Rua, ob. cit., p. 123.
[145] *Ibidem*, p. 124.

tema se debilite, porque la consistencia del precedente sirve y crea seguridad jurídica, confianza y certidumbre.

> No todos comparten este pensamiento. Para Llewelyn, la normatividad de las sentencias precedentes se funda en la facticidad de las prácticas sociales y en la realidad de ciertas valoraciones sociales. Para Roscoe Pound el "*stare decisis*" […] es un arte tradicional en el modo de dictar sentencias. Puede decirse, sin embargo, que en el *Common Law*, especialmente en su versión norteamericana, prevalece una concepción doctrinaria según la cual el "*stare decisis*" es considerado como una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en los valores orden, seguridad, paz y justicia, conforme a la cual los jueces de una jurisdicción determinada se encuentran obligados a resolver los casos pendientes de sentencia, mediante la aplicación de las normas generales que pueden ser extraídas de las sentencias dictadas en el pasado por jueces de la misma jurisdicción, de la misma o superior jerarquía en casos análogos. Este es el principio general, presente en la gran mayoría de los casos que llegan a los tribunales norteamericanos e ingleses para su resolución. Sin embargo, ciertos factores pueden limitar el alcance de la doctrina del "*stare decisis*". Así, por ejemplo, no deben seguirse los precedentes que traducen una grosera injusticia o son irracionales, ni cuándo se ha producido una alteración sustancial en la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social.[146]

Lo increíble del contrapuesto es que Justiniano, el máximo jurista romano, sostuvo lo contrario muchos siglos antes, cuando desprendía del *Digesto* que […]: "Ningún juez o árbitro debe considerarse ligado por opiniones jurídicas que considere erróneas: menos aún por decisiones de prefectos letrados u otros jueces. Las decisiones deben basarse en la ley, no en precedentes. Esta regla es válida aún si las opiniones son de los más prestigiosos prefectos o de los más altos jueces".

[146] Cueto Rúa, Julio César, *El common law, su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956, p. 19.

6.5. La diferencia de entendimiento contrae un concierto de posibilidades acerca de cómo analizar los hechos. Mientras el sistema del *civil law* observa caso por caso; el *common law* realiza un proceso de interpretación donde clasifica los hechos por su relevancia y consecuencia.

> Nos recuerda Arthur Goodhart que no existen normas ni procedimientos que permitan definir la relevancia o irrelevancia de los hechos de un caso contencioso. Reconoce que el primer paso, y el más importante por cierto, en la explicitación del "principio" o la norma general involucrados en un caso, lo constituye la determinación de los hechos relevantes del caso, en base a los cuales el juez funda su sentencia. Ahora bien: ¿existen reglas que ayuden a tal determinación? La respuesta de Goodhart fue negativa. No existen reglas que suministren invariablemente el mismo resultado, pero existen algunas guías que pueden resultar de valor. Tales guías, sintéticamente expuestas por Cueto Rua, son las siguientes:
>
> *Primero*: Si no existe voto o si el voto no hace un detalle de los hechos del caso, entonces debe presumirse que todos los hechos que constan en el expediente son relevantes, excepto aquellos que en sí mismos no lo son. Así, los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son presumiblemente irrelevantes, a menos que se los declare relevantes por el juez.
>
> *Segundo*: Si existe un voto que se refiere a los hechos del caso, lo primero que se debe notar es que no se puede ir más allá del voto para probar que los hechos del caso aparecen de manera distinta en el expediente. La manifestación del juez sobre los hechos obliga, aún en el supuesto de que sea patente que se ha equivocado, desde que él ha basado su sentencia en los hechos tal cual él los ha visto, quizá erradamente. Es frecuente comprobar que hechos cuya existencia resulta del expediente, no aparecen mencionados en el voto. De esta omisión hay dos explicaciones posibles: *a)* el hecho fue considerado irrelevante por el juez; *b)* el hecho no fue considerado por el juez, ya sea porque no fue especialmente sometido a su consideración por las partes o alguna de ellas, ya sea por otro motivo cualquiera. Tanto en una como en otra hipótesis, el hecho no puede ser considerado relevante.

Tercero: Una vez que se han determinado los hechos del caso, tal cual vistos o declarados por el juez, corresponde determinar cuáles son relevantes y cuáles irrelevantes. Esta es la parte más dificultosa, desde que el juez pudo haber omitido tal calificación. Es muy común que los jueces incluyan en su voto hechos que no son relevantes con respecto a la sentencia dictada, dejando así que generaciones futuras determinen si esos hechos integran o no la norma o principio involucrados en la sentencia precedente. Para llevar a cabo la calificación de hechos en relevantes e irrelevantes, las siguientes guías pueden tenerse en cuenta: *a)* los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto presumiblemente carecen de relevancia. Esto es aún más cierto que en el caso en que la sentencia fue dictada sin voto o considerandos porque cuando se escriben considerandos debe esperarse que el juez califique expresamente de relevante un hecho relativo a las personas, los lugares, el tiempo etcétera, si tal ha sido su convicción; *b)* todos los hechos que el juez califica expresamente de irrelevantes deben ser considerados tales; *c)* todos los hechos que el tribunal considera implícitamente como irrelevantes deben ser considerados tales. La dificultad en estos casos consiste en determinar si el juez ha considerado o no el hecho como irrelevante. La prueba de esta implicación se encuentra cuando el juez, luego de haber descripto los hechos del caso en general, procede a elegir un número menor de ellos para fundar sobre ellos su sentencia. Los hechos omitidos fueron presumiblemente considerados irrelevantes. La extensión lógica de la norma general a explicitarse de la sentencia precedente dependerá tanto de la inclusión de hechos como relevantes, cuanto de la exclusión de hechos por considerárselos irrelevantes. En esta tarea de calificación, las palabras de los jueces en sus votos adquieren valor, pues ellas suministrarán una guía adecuada para determinar cuáles hechos son relevantes y cuáles no. El razonamiento del juez puede ser incorrecto o la norma general expuesta demasiado general, pero sin embargo, conservan valor en tanto permiten inferir el criterio del juez sobre la relevancia o irrelevancia de ciertos hechos.

Cuarto: Todos los hechos específicamente calificados como relevantes por el juez, deben ser considerados relevantes.

> *Quinto*: Si el voto no distingue entre hechos relevantes y hechos irrelevantes, entonces todos los hechos mencionados en el voto deben ser considerados relevantes, excepto aquellos que en sí son irrelevantes. Existe una presunción contra los "principios" amplios del Derecho, y cuanto menor sea el número de hechos relevantes más amplio será el principio o más amplia la extensión lógica de la norma que se explicita del precedente.
>
> Sexto: Si existen varios votos, concurrentes en cuanto al resultado, pero discordantes en cuanto a la calificación de los hechos del caso, todos los hechos considerados relevantes en forma independiente por cada juez, deben ser considerados relevantes.[147]

6.6. El modelo del precedente obligatorio tiene cuestionamientos con la razonabilidad. Principio de proporciones importantes en los países de tradición romanista, porque el dilema se proyecta con el valor del antecedente, que pasa a convertirse en una fuente de recurrencia ineludible y, obviamente en una fuente de derecho, cuando no en el derecho mismo de creación judicial.

Si es así ¿cuál es el precedente que debe tomarse? ¿El que resuelve el caso? ¿O la sentencia de derecho que queda firme y consentida? La diferencia no es baladí, porqué una cosa es dar solución a la controversia y definirla en sus aspectos más relevantes; y otra, decidirla con el derecho aplicable que el órgano de cierre pronuncie al dictar la sentencia definitiva. Inclusive, puede ocurrir (como en Estados Unidos) que la Corte Federal solo se pronuncie sobre cuestiones federales, relegando las fácticas.

En consecuencia, del planteo se deriva otra polémica, que consiste en determinar qué es lo que tiene alcance normativo, obligatorio o vinculante. Así es necesario diferenciar entre la "*ratio decidendi*" y el "*obiter dicta*", o sea los principios u opiniones vertidos en el proceso de decidir, pero que no constituyen la decisión misma, y que, por ende, no tienen el referido alcance. De allí la preocupación por

[147] Goodhart, Arthur L., *Determining the ratio decidendi of a case*, t. 40, Yale Law Journal, p. 165

los hechos del caso, por las circunstancias. Como es prácticamente imposible que todos los casos sean, desde un punto de vista fáctico, idénticos, los esfuerzos interpretativos trabajan por la vía del paralelo, de la analogía, de las compensaciones. "*Non est simile*" es oído con frecuencia, de labios de litigantes y juzgadores, por igual.[148]

> La Corte Constitucional de Colombia define el problema al afirmar que […]: "Un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente está constituido así por aquellos aportes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva de la decisión. En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la *ratio decidendi* o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea en el caso específico y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial —o subregla— que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto".[149]

6.7. El *stare decisis* no es inconmovible, pero debemos ver bien quién o quiénes pueden cambiar el rumbo de lo dispuesto con anterioridad.

La primera excepción llega de la mano de lo razonable. Aquello que puede tornar la solución en una decisión injusta o irracional, permite dejar de lado el precedente. También cuando la realidad que se maneja es diferente a la del tiempo cuando se dio el precedente.

Otra limitación sucede cuanto el fallo que se quiere aplicar contraviene una regla actual de derecho.

> Louis D. Brandeis afirmó en 1924, "stare decisis es, de ordinario, una sabia regla de acción. Pero no es un man-

[148] La determinación de la "*ratio decidendi*" debe hacerse teniendo en cuenta los hechos que el juzgador ha entendido son materiales respecto de su decisión, así como la decisión misma, basada en tales hechos (cfr.: Price, J. P. *The English Legal System*, pp. 103 y 104, M. & Handbooks, 1979. El "*obiter dictum*", a su vez, no es necesario para decidir el caso, pues pudo prescindirse de él.

[149] Corte Constitucional de Colombia, auto n° 208 (2006).

> damiento universal o inexorable. Las instancias en las que los tribunales han dejado de lado sus admoniciones son muchas".[150]

7. La doctrina vinculante del precedente en el *Civil Law*

7.1. El derecho continental europeo no fue atrapado por el esquema predispuesto con antecedentes; prefirió, en su lugar, despojar al juez de preconceptos y darle libertad de interpretación. Pero ¿es esto cierto? ¿Acaso no es una respuesta válida para ciertas jurisdicciones? ¿Ocurre lo mismo en materia constitucional?

Con el paso del tiempo el fenómeno de la jurisprudencia fue creciendo y tornándose más influyente. En supuestos de mínima se habla de un valor moral, de tipo persuasivo; de máxima, en cambio, es una fuente normativa y de alcances generales.

La ondulación del significado depende, muchas veces, de la independencia que cuenta el juez para resolver sin condicionamientos. No hablamos de la imparcialidad ni la independencia, propiamente dicha, sino de la sumisión al peso de la jurisprudencia.

Para Charloni […]

> La autoridad o la eficacia de un precedente, por ser precedente, no consiste, no puede lógicamente consistir en que el juez sucesivo esté persuadido que el juez anterior ha resuelto correctamente un caso análogo a aquél que él ahora debe resolver. La autoridad o eficacia de un precedente, en cuanto tal, tiene algo de autónomo y hasta cierto punto contrasta con los resultados de un proceso interpretativo de las normas involucradas. Todas las veces en que el juez, por estar convencido de sus autónomas valoraciones, por estar convencido de los argumentos de un abogado, por estar convencido por la lectura de una obra doctrinaria o, finalmente, por estar convencido por la lectura de la motivación de sentencia (a pesar de ser expedida en otro ordenamiento perteneciente a la misma tradición cultural) resuelve el supuesto de hecho objeto del juicio de manera idéntica a como ha sido precedentemente

[150] En: "*State of Washington vs. W.C. Dawson & Co.*", 264 US 219.238 (1924).

> resuelto por otro juez, no subsiste ninguna operatividad del precedente. La última hipótesis es distinguible de las primeras tres. No se puede individualizar la autoridad del precedente según el destino de las consideraciones colocadas en mi resolución, es decir, en función de aquello que ha alcanzado a convencerme de la bondad de una solución determinada.[151]

7.2. La autoridad del precedente se une a la eficacia proyectiva del resultado obtenido. Queremos decir así que, una decisión tomada en el pasado sólo merece conservarse cuando sus resultados actuales siguen siendo justos y jurídicamente correctos.

Si el sistema latinoamericano decidió no seguir el *stare decisis* habrá que ver, entonces, por qué una sentencia constitucional es obligatoria, desde que el efecto es similar, o al menos, iguala la fuerza de convicción que profiere.

En este aspecto los modelos son amplísimos, están quienes obligan a seguir las decisiones del más alto órgano de la jurisdicción; como los que prefieren acatar la jurisprudencia consolidada y no el respeto del precedente aislado (individual). Ello sin ocultar las distinciones que se otorgan al valor *erga omnes* de algunas sentencias que, por su implicancia, producen un valor normativo muy cercano a la sentencia que legisla.

> Charloni aclara que […] cuando se dice que en los ordenamientos continentales el precedente tiene una eficacia "*meramente persuasiva*", se quiere señalar una diversidad respecto al "*vínculo*" de los precedentes anglosajones. Se tiene en mente solamente la alta probabilidad de que jueces formalmente libres respecto al precedente se uniformicen. La peculiar eficacia del precedente está precisamente en la circunstancia de que su mero existir hace preferir la solución en él adoptada respecto de aquélla que el juez sucesivo habría autónomamente tomado, porque es considerada más correcta y, por tanto, mejor (y además, más "persuasiva" o convincente) respecto de las otras ideadas y tal vez ya presentes en el supermercado

[151] Charloni, Sergio, *La autoridad del precedente jurisprudencial*, La Ley, 2010-F, 799.

> de las posibles respuestas a los concretos problemas jurídicos, donde está comprendida la respuesta hecha propia por la anterior jurisprudencia.[152]

7.3. El *civil law* que referimos al comienzo, debe quedar emplazado como sistema para la teoría de la sentencia constitucional. Pero al mismo tiempo es distante de cuanto se quiere sostener en esta presentación.

En efecto, un juez europeo o americano, que resuelve un caso concreto sometido a su consideración, se puede orientar con precedentes de casos similares, sin que ello afecte la convicción que debe colegir para dicho caso juzgado. La obligación de motivar los hechos y fundamentar el derecho, lo obligan a cierta ética profesional que impida en la negativa considerar que viola una garantía del debido proceso.

Dicho precedente en realidad es una fuente, no lo constriñe más que a observar el discurso aplicado en dichas circunstancias. La doctrina legal es más importante que el fallo en sí mismo.

> Este primer resultado no es poca cosa. Es subversivo de los tradicionales cánones del positivismo, dado que entre estos cánones va comprendido el principio por el cual el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de reglas, donde la actividad interpretativa y dirigida a individualizar la correcta solución de una duda realizada por el juez debe atenerse a las soluciones por él individualizas como correctas. Pero sobre todo este primer resultado dice una cosa muy interesante en orden al contexto de justificación de una resolución jurisdiccional. Nos sugiere que un juez puede muy bien argumentar en su motivación la solución para él óptima de un caso, que contrasta con el precedente, y luego concluir por el respeto de este último.[153]

7.4. Si miramos cómo funciona el sistema constitucional Latinoamericano, veremos que no es posible dar iguales razones al peso de la jurisprudencia, precisamente porque

---

[152] *Ibidem*, p. 803.
[153] *Ibidem*, p. 805.

el control de constitucionalidad persigue afianzar la justicia y crear certidumbre hacia el futuro. Esto se puede conseguir con jurisprudencia, es cierto, pero no como orientación sino como fuente insoslayable, cual si fuera un deber jurídico de acatamiento.

Claro está que en los modelos de control difuso la jurisprudencia constitucional está diluida al tener que resolverse caso por caso, donde antes que situaciones de inconstitucionalidad, se encontrarán inaplicabilidades de leyes o actos lesivos de derechos y/o garantías fundamentales.

Sagüés, en este sentido, sostiene que [...]:

> Históricamente ha sido la propia Corte la que algunas veces ha dicho que sus fallos cuentan con "valor moral", o que los jueces tienen el "deber moral" de aplicar la doctrina judicial por ella fijada. La expresión "valor moral" o "deber moral" es algo engañosa y poco clara. Si se parte del supuesto que derecho y moral son dos conceptos distintos, aunque con frecuencia conectados, un "deber moral" no implica necesariamente un "deber jurídico", salvo que el derecho lo adoptase (por ejemplo, los deberes de asistencia familiar, de padres a hijos y viceversa) [...]. Pero en el caso de la cotización de la doctrina judicial de la Corte, ¿debido a que ella empleó la expresión "deber moral" o "valor moral", en lugar de, directamente, hablar de "deber jurídico"? Veamos tres posibles respuestas:
>
> (i) Que los jueces tienen que moralmente seguir su doctrina, pero sin que ello significase en sentido estricto un deber jurídico exigible (de hecho, operaría como un consejo o invitación). Esta tesis parte de la distinción entre derecho y moral; y además, considera que si la Corte hubiese querido decir "deber jurídico", lo habría dicho francamente, sin recurrir a expresiones sibilinas.
>
> (ii) Que el deber moral significaba, en resumen, un deber jurídico, pero algo atenuado (menos exigente, pero ¿cuánto?). Esta conclusión puede fundarse en que, en el lenguaje coloquial, los deberes "morales" imperantes también demandan obediencia y cumplimiento, y que hay sanciones si se los infringe, algunas de ellas con ciertas repercusiones jurídicas.
>
> (iii) Que el deber moral importa también deber jurídico. Aquí se puede sostener que como la Corte no es una

> academia de ciencias morales, ni hace a su oficio pronunciar homilías o sermones, cuando dice de manera terminante que existe un "deber moral" para los jueces inferiores, es porque ellos deben —en derecho— acatarlo. Si ese deber moral no engendrara obligaciones jurídicas, carecería de sentido que el Tribunal lo hubiese enunciado enfáticamente.[154]

7.5. Todo lo dicho es válido en la teoría de la interpretación y el esquema dispuesto para la eficacia vinculante de los fallos judiciales en las relaciones jurídicas entre particulares. Es justamente lo que regula el *civil law*, pero no es posible extender más allá estas respuestas, desde que la sentencia constitucional tiene un rasgo esencial que la caracteriza, que no es otro que la vinculatoriedad de las decisiones de los tribunales constitucionales.

> La vinculatoriedad deriva del efecto vinculante de las normas aplicadas en conjunción con el derecho procesal que atribuye a los tribunales una función de control autoritativo de respetar el orden jurídico. Si las decisiones de los tribunales no fuesen vinculantes, las leyes carecerían de aplicación práctica, pues son los órganos jurisdiccionales los encargados de aplicar las leyes como normas vinculantes. Las leyes se convertirían en "soft law" y los fallos de los tribunales en informes si no tuviesen el carácter vinculante.[155]

7.6. El control difuso también se aplica en modelos intermedios, y pese a cuanto se explicó anteriormente, el resultado no se puede espejar. La primera asimetría se da con el *stare decisis* propio del *common law*, respecto del valor del precedente en un modelo de *civil law*, que ya hemos referido. Lo siguiente escala en la establecer el criterio de jurisprudencia, en el sentido de clarificar si basta la congruencia con los hechos para confrontar la obligatoriedad de seguimiento, o en su caso, si depende de la repetición de un criterio jurídico que, para mantenerlo estable, se re-

---

[154] Sagüés, Néstor Pedro, *La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*, La Ley, 2008-E, 837.

[155] Hartwig, Matthias, *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales*, Jurisdicción constitucional en el Siglo XXI, Costa Rica, 2012 (ponencia).

itera cada vez que se suscita un caso similar. Tema del que hablaremos enseguida.

Donde queremos asentar ahora la dificultad de intelección es cuando se admite el control difuso en regímenes de control compartimentado.

7.7. La idea del precedente es caracterizar en sus aspectos más importantes el derecho que se aplica, de modo que se genere un marco de certidumbre y previsibilidad para casos similares que se den en el futuro.

Algunos sostienen que es la mejor manera de contrarrestar el exceso discrecional o el abuso de la interpretación descontrolada, que produce un sistema de derechos sin descripciones previas.

En estos casos el peso de la doctrina es manifiesto y como ha dicho Pegoraro […]

> Junto al tradicional estilo de las sentencias, la apertura no sólo a la doctrina interna, sino también a la extranjera se atribuye a fenómenos objetivos (como la globalización del Derecho) y a hechos subjetivos, vinculados a que los jueces de hoy viajan más y realizan estancias en el extranjero en prestigiosas Universidades, de donde regresan trayendo orientaciones y actitudes legales/culturales de gran importancia. Independientemente de las citas textuales, el formante doctrinal tiene, sin embargo, influencia sobre el jurisprudencial. En las diversas facultades de derecho del mundo en las cuales se forman los jueces (no solo los nacionales, sino también los internacionales) se encuentran a menudo orientaciones doctrinales contrarias. La cultura jurídica del juez, en otras palabras, puede variar de acuerdo al lugar en el que ha recibido su formación, y también en el caso del derecho comparado, en relación con el lugar en el que el juez ha realizado estudios de especialización.[156]

El precedente vinculante que proviene del Tribunal Constitucional se diferencia y toma distancia del antece-

[156] Pegoraro, Lucio, *Los jueces y los profesores: La influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes Constitucionales*, en Libro de Ponencias y Comunicaciones del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (17 al 19 de septiembre de 2013, San Miguel de Tucumán, Argentina), p. 627.

dente que surte la jurisprudencia ordinaria o administrativa. En el caso primero se trata de forjar un criterio a seguir aportando para ello un concepto normativo que obliga como nuevo sistema de fuentes. En cambio la jurisprudencia iguala hechos con una solución normativa. Ésta podrá ser obligatoria si el ordenamiento jurídico lo permite y reglamenta.

7.8. En *México*, la reforma constitucional del artículo 1° de la Constitución Política estableció un nuevo sistema de control, en el que jueces y magistrados no pueden invalidar la norma inconstitucional o expulsarla del sistema jurídico pero si pueden no aplicarla, lo que de alguna manera constituye un control difuso por inaplicabilidad de la norma detectada inconstitucional.[157]

Recientemente se renovó el criterio jurisprudencial en el que se reconoce que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte tienen la misma jerarquía que la Constitución, pero si ésta restringe alguno de esos derechos deberá prevalecer el último límite.

El artículo 1° constitucional en este aspecto dice que […] "*todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte*".

El mismo numeral prescribe en su segundo párrafo que […] "*las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".

El tema del control difuso se ocasiona porque la interpretación tolera que sean "todos los jueces" quienes deter-

[157] El control constitucional mexicano es parcialmente de carácter difuso, pues a través del juicio de amparo son diversos los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la decisión de conflictos sobre la constitucionalidad de algún acto de autoridad; aunque también es parcialmente concentrado, en cuanto corresponde únicamente al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el conocimiento de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (Xochitl Garmendia Cedillo, *Control difuso y control de convencionalidad*, Cámara de Diputados de los Estados Unidos de México, 2011, p. 43).

minen el sentido de la protección a dar, pudiendo así tener una contradicción entre los derechos humanos provenientes de los tratados que rebatieran a la Constitución mexicana.

En el modelo mexicano el control se comparte, pero la decisión superior obliga a los demás jueces. El aditamento está en cuanto reportan los tratados internacionales sobre Derecho Humano, que implica un control de convencionalidad a realizar por los jueces nacionales. Control que se puede ejercer de oficio y como labor de confrontación entre el Derecho interno con los diversos tratados, aplicando el que otorgue mayores beneficios a la persona.

La particularidad está en que la sentencia de unificación solo puede llegar de la Suprema Corte de Justicia.

> Dice Ferrer Mac Gregor que […] "la *obligatoriedad* en nuestro país de este nuevo *control difuso de convencionalidad* se debe: (i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010) donde expresamente refieren a este "deber" por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; (ii) a lo dispuesto en los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981. (iii) A lo dispuesto en los artículos 26 (*Pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; (iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1º constitucional, y (v) a la aceptación "expresa" de este tipo de "control" por la Suprema Corte de justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco*, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011; lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el "control difuso de constitucionalidad", al realizar una nueva interpretación del ar-

tículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1º del mismo texto fundamental".[158]

7.9. En *Colombia*, donde la rama judicial tiene una jurisdicción constitucional especializada, el control difuso tiene particularidades muy propias.

La Constitución prevalece en el ordenamiento jurídico, de modo tal que el sistema de control de constitucionalidad es calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no.[159]

---

[158] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, Santiago (Chile) 2011, pp. 531-622.

[159] Sentencia C 122/2011.

7.10. En *Venezuela* el control de constitucionalidad también trabaja en simultáneo. Todos los jueces deben preservar la supremacía y estricta observancia de las disposiciones constitucionales respecto de las legales que pudieran amenazar el texto constitucional. No hay discriminación de competencias, posibilitando que cualquier jurisdicción, en el ámbito de sus funciones, tenga el deber de velar por la integridad de la Carta Magna.

El sistema se ejercita de dos maneras a tenor de lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bien a través del denominado control concentrado o por medio del llamado control difuso, este último también previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; disposiciones normativas éstas que resultan del siguiente tenor: "Artículo 334: *Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.*

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella".

Por su parte, el referido artículo 20 señala que: "*Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicaran ésta con preferencia*".

Por tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sostiene que […]:

> El denominado control difuso, radica en la posibilidad que tiene todo juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sub legal, es incompatible

> con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la disposición constitucional que resultaba vulnerada. De igual forma, debe destacarse que esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, mas no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de dicho juzgador.
>
> Por el contrario, el control concentrado o control por vía de acción ejercido a través de la máxima jurisdicción constitucional (conformada por Sala Constitucional, en algunos casos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), supone la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sub legal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos generales, es decir, *erga omnes*, distinta de la situación que se configura al desaplicar una normativa en una controversia determinada a través del control difuso, caso en el cual, como se señaló supra, la norma sólo deja de tener aplicación para el caso en concreto por colidir con la Constitución.[160]

La tesis se mantiene dando cada vez mayor predicamento a la función revisora y unificadora de la Sala Constitucional. Por eso es factible que toda sentencia quede en proceso de revisión, aun estando firmes, pues se argumenta que con ello se consigue reforzar una mayor protección de la Constitución que impida la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al texto fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

> De allí que, el juez que desaplique una norma legal o sublegal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que

[160] Sentencia 02589 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 08/12/04.

> esta Sala proceda a la revisión de la misma, para de esta manera, hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado —que tiene efectos *erga omnes*—, estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional.[161]

Recuérdese que el art. 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé que: "*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*".

El problema se ha dado con la supuesta invasión de la Sala en el dominio que les corresponde por identidad a los demás integrantes del Superior Tribunal de Justicia que integran las otras Salas. Pareciera que la imposición de un criterio constitucional sería bastante para obligar a los pares a seguirlo, perdiendo ellos cierta independencia y libertad.

> En el año 2003, la Sala Constitucional sostuvo […] "…La denuncia planteada lleva a esta Sala a distinguir como refiere la doctrina[162] que la fuerza obligatoria de un precedente judicial puede ser de dos tipos: jurídica (de iure) o de hecho (de facto). La primera, de iure, corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas las decisiones de las

[161] Sala Constitucional, sentencia N° 1.998 del 22 de julio de 2003 (caso: "Bernabé García").

[162] Cfr. Aulis, Aarnio, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, Fontamara, México, 2000.

demás Salas de este Supremo Tribunal. La distinción en uno u otro caso del precedente judicial, tiene efectos de predictibilidad desde una aproximación sistemática interna y una aproximación sistemática externa respecto al Derecho. Así el punto de vista interno es el que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del sistema judicial, y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional. Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, la fuerza obligatoria del precedente de facto solo es directiva; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior. […]

Esta conceptualización del precedente judicial cobra plena vigencia en el derecho patrio a partir de la Constitución de 1999, y su integración al sistema jurídico procesal es función que compete a la jurisdicción constitucional. De allí la pertinencia de su esclarecimiento para el funcionamiento armonioso del sistema judicial. La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas y principios constitucionales, pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional. De modo que a la luz del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si bien el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo intérprete del ordenamiento, la interpretación que las demás Salas realizan de la legalidad ordinaria debe ser acorde con los preceptos constitucionales, y si dicha interpretación es o no constitucional compete decidirlo a la Sala Constitucional.

En este sentido, encuentra la Sala que el juez incurre en conducta indebida en el ejercicio de su función si se negara aceptar el precedente de la Sala Constitucional en

> el momento de decidir acerca de un caso similar; supuesto en el cual, la inobservancia del precedente debe ser sancionada jurídicamente. Así se declara. Así también la norma del precedente vinculante debe ser interpretada según el significado y alcance en el que ha sido dictada por la Sala Constitucional en todas las instancias jurisdiccionales, correspondiéndose con ello un control vertical del precedente obligatorio.
>
> De modo que, sólo en el caso de decisiones definitivamente firmes, contra las cuales se hubiesen agotado, ciertamente, todos los recursos ordinarios y extraordinarios que establece el ordenamiento jurídico positivo, podría justificarse el control de la Sala Constitucional sobre la aplicabilidad de los precedentes vinculantes —vía potestad de revisión—, pues como ya ha expresado esta Sala en innumerables fallos, la revisión no constituye para las partes ni un recurso ni una nueva instancia, mucho menos está destinada a la supresión de los mecanismos de impugnación previstos en la normativa jurídica; de allí que la Sala considere que para el ejercicio de su potestad revisora, sea necesario el agotamiento previo de los mecanismos preexistentes de impugnación. De no ser así, se le estaría asignando a esta Sala Constitucional una función de contraloría judicial de naturaleza meramente administrativa que la desviaría de sus naturales funciones, ocasionándose a la vez una subversión de los medios recursivos ordinarios.[163]

7.11. El caso de *Perú* también es interesante. El control de constitucionalidad se otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional, siendo entonces necesario adecuar la potestad del control directo, propio del mecanismo concentrado, respecto de las actuaciones que se originan en casos concretos donde intervienen jueces no constitucionales, propiamente dicho.

Para Quiroga León [...]

> No hay actividades constitucionales más opuestas que la *judicial review* y el control concentrado de la constitucio-

[163] TSJ, 21/01/2003, Asociación para el diagnóstico en medicina del Estado Aragua (ASODIAM).

> nalidad de las leyes, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (arts. 138, 2ª parte, y 201 de la Constitución) en lo que la doctrina constitucional peruana ha venido en denominar "sistema dual" o "sistema mixto". Diríamos, junto con García Belaunde que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: i) El control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada "Jurisdicción Negativa de la Libertad"; y, ii) en la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del art. 39 de la LOTC respecto del Juez del Poder Judicial frente a un fallo del Tribunal Constitucional, en el que la facultad de la "*judicial review*" cede paso por coherencia necesaria y razonable frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional y por mandato propio de la Constitución Política del Estado".[164]

García Belaunde refiere a un modelo *dual o paralelo*, que se da cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979, y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993.

Dice el prominente jurista [...]

> "En 1979 nació así el Tribunal de Garantías Constitucionales, de carácter permanente con nueve miembros, nombrados por tercios: por el Congreso, por el Poder Ejecutivo y por la Corte Suprema, entre juristas de destacada trayectoria y de clara vocación democrática, requisito raro y peculiar, explicable por cuanto se quería que los miembros de dicho Tribunal fuesen demócratas que defendie-

[164] Quiroga León, Aníbal, *Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 1997 (mayo), trabajo publicado en la página web de la Pontificia Universidad Católica del Perú (www.pucp.edu.pe).

sen el sistema político, y no como sucedió en veces con el Poder Judicial, que cohonestó actos arbitrarios de las dictaduras. Las competencias de este Tribunal eran tan sólo dos: 1°) Conocer en casación las resoluciones denegatorias de los Habeas Corpus y Amparo, agotada la vía judicial, y 2°) conocer en instancia única la Acción de Inconstitucionalidad.

Desarrollando estos dos puntos, tenemos que;

a) La acción de Habeas Corpus fue introducida en el Perú en 1897 y el Amparo lo fue en 1974 en forma restringida en materia agraria, pero en su versión moderna se consagraron ambos en la Constitución de 1979, siguiendo así la huella de otros países latinoamericanos, mediante la cual el primero estaba vinculado a la libertad individual y el segundo a la protección de los demás derechos fundamentales. Pero se agregaban dos características: el conocimiento que de ellas tenía el nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales, era únicamente de las que hubiesen sido denegadas en última instancia judicial, pues era el Poder Judicial el que las conocía y tramitaba. Y como lo comprueban las estadísticas, tan sólo el 10% del universo de demandas era conocido por el Tribunal de Garantías, no tanto porque el resto resultasen acogidas, sino por cuanto no todos seguían los trámites ni se animaban a ir a un Tribunal algo distante y que además no tenía más oficina que él mismo.

En cuanto a la casación, era tomada del modelo francés, o sea, en la modalidad del reenvío, con lo cual al casar la sentencia venida en recurso, volvía al ente judicial para que volviese a fallar en definitiva.

b) La Acción de Inconstitucionalidad era típica del modelo concentrado; directa, principal, con efectos erga omnes.

Como puede apreciarse, era el modelo europeo incorporado a un sistema jurídico que conservaba el sistema difuso, sin cruzarse con él, ya que el Poder Judicial retenía el conocimiento y defensa de todos los derechos fundamentales a través del Habeas Corpus y el Amparo (tan sólo conocía en casación el Tribunal de Garantías Constitucionales y únicamente en caso de resoluciones denegatorias). Y el mismo Poder Judicial mantenía el control difuso y de inaplicación de normas (art. 236 de la Cons-

titución). Así, en el caso peruano, no podía hablarse en rigor de un sistema mixto, pues esto supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que aquí no sólo no se daba sino que tampoco originaba un *tertium*, que sea distinto a sus dos fuentes de origen.

Por último, el Poder Judicial se mantenía separado y aparte del Tribunal de Garantías Constitucionales, que era un órgano constitucional del Estado, tan autónomo y tan igual como los demás poderes clásicos. Dicho en otras palabras, la jurisdicción constitucional se ejercía en forma paralela por dos entes distintos, que nada tenían que ver entre sí, salvo la eventual coincidencia en aquellos procesos constitucionales que no fuesen acogidos por el Poder Judicial, y que eventualmente podían pasar en casación al Tribunal de Garantías Constitucionales. Y que siempre fueron una minoría.

Por estas razones, y por haber incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, es que creo que dentro de las modelos derivados y al lado del modelo mixto, debemos colocar al dual o paralelo, cuya primera forma nítida de manifestación, está en la Constitución peruana de 1979. La vigente Constitución del Perú de 1993 mantiene en sustancia el modelo, con las siguientes variantes que no alteran su esencia.[165]

7.12. En *Brasil* se llaman *súmulas* al conjunto de resúmenes (sumarios) de doctrina legal proveniente de la Suprema Corte de Justicia federal, que tienen fuerza de ley al ser de efectos *erga omnes*. La orientación jurisprudencial no es obligatoria para el legislador, lo que sería indeseable por la invasión en un terreno que no es propio.

El objetivo general de las súmulas es informar mediante boletines de jurisprudencia, cuáles han sido los temas de derecho que el tribunal ha resuelto con estándares generalizados cuya continuidad se impone hacia el futuro.

No se necesita un número determinado de sentencias porque, en su lugar, lo que se hace es compendiar la tesis

[165] García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en "*Proceso y Constitución*", Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 29-52.

jurídica de consenso que ha resuelto un caso, cuya generalización se pretende fomentar a través de la publicación que surte efectos de comunicación formal y de obligatorio seguimiento por los tribunales inferiores.

La súmula evita citar la doctrina, al disponer que la remisión se realice con el número correspondiente.

Cabe agregar que estos criterios se pueden alterar, modificar e inclusive sustituir por un nuevo criterio cuando un magistrado del Tribunal Superior promueva la iniciativa de reforma. También se puede hacer por recurso de parte interesada, quien podrá tener éxito si consigue el voto adhesivo de las dos terceras partes de los miembros integrantes de la Corte.

7.13. En *Chile* el artículo 3 del Código Civil es una valla, por ahora infranqueable, para establecer jurisprudencia obligatoria. La norma dispone que […], "*sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*" y que "*las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria si no respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*".

La disposición es un límite para la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema, y deja, como sucede en Argentina, con amplia libertad al juez de jerarquías inferiores para que realice la interpretación más acorde con sus preferencias y pareceres.

Pero en materia constitucional, en el año 2005 se modificó el modelo de jurisdicción constitucional, provocando que el control de constitucionalidad se vuelque al modelo concentrado con un Tribunal Constitucional que hace desaparecer el poder revisor de la Corte Suprema. De este modo, el órgano de cierre para la interpretación constitucional es el tribunal establecido.

> Dice Nogueira Alcalá que […]: "Después de casi 25 años de funcionamiento del Tribunal y de la reciente reforma constitucional, el país está en condiciones de asumir que todos los órganos del Estado queden obligados por lo que el Tribunal resuelva. Con ello se confiere a sus sentencias una fuerza mayor a la que tienen las emanadas de un tribunal normal" (presentación del proyecto de ley). El artículo 31 del proyecto de Ley orgánica Constitucional del Tribunal

> Constitucional, en su texto original, señalaba en uno de sus incisos que: "*Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva*". En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se estimaba vinculante. Este deber de obediencia se refería al destinatario que, en este caso, se precisaba que eran todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales de justicia. Esta regla fue posteriormente eliminada en el proceso legislativo de la ley adecuatoria de la LoC del Tribunal.
>
> "La Cámara de diputados consideró que ello no era necesario explicitarlo en el texto de la Ley orgánica Constitucional del Tribunal y lo eliminó del proyecto, considerando que ello resultaba redundante respecto de los principios en que se sustenta el derecho público chileno. Esta decisión de la Cámara de diputados nos parece errónea, ya que la explicitación de la fuerza vinculante del fallo constitucional no es parte integrante del derecho público chileno, aun si lo fuera, su explicitación normonológica otorgaba seguridad jurídica y reforzaba el derecho a la igualdad ante la ley, además de constituir un elemento de la cultura jurídica nacional el de explicitar las potestades de los órganos estatales, de acuerdo al principio establecido en el artículo 7º inciso 2º de nuestra Carta fundamental".[166]

El problema inmediato fue establecer si la sentencia del Tribunal Constitucional constituía o no un precedente de seguimiento obligatorio. En sus primeras decisiones se expresó que se […] debe tener en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen".[167]

---

[166] Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Santiago, 2010, pp. 79-116.

[167] Cfr. Guerrero, Gonzalo, *La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, desde la reforma constitucional de 2005*, Sentencia ROL 171 (1993).

La obligación se enunció como doctrina jurisprudencial pero no estaba en el marco de la ley, y la supresión dispuesta pudo verse como alteración del régimen tradicional de seguimiento al precedente, por un retorno al principio *del iura novit curia* conforme al cual el Tribunal Constitucional formula la *ratio esendi* pero no obliga con ello.

En nuestra opinión la obligatoriedad se desprende de la definitividad que tiene para las sentencias el artículo 83 cuando sostiene que […] "*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 5º y 12º 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*".

El carácter irrevocable vuelve definitiva la decisión, tornando en cosa juzgada constitucional de efectos *erga omnes* y eficacia refleja.

8. Extensión del precedente

8.1. La práctica del precedente no siempre se recibe con gratitud; algunos afirman que en sí misma es peligrosa, porque supone volver al pasado y transportar esas realidades a un tiempo que puede ser distinto.

> Frederik Schaeur sostiene que seguir los precedentes significa encausar la resolución por un estatus que se convierte en fuente sin atender el contenido; porque de ese modo la razón está en la forma como se decidió en el pasado sin importar el presente.[168]

Es verdad que la costumbre también es fuente del derecho y no se cuestiona con la misma dimensión; pero en

[168] Schaeur, Frederik, *Has precedente ver really mattered in the Supreme Court*, Giorgia State University Law Review, vol. 24, winter 2007, pp. 381-401

realidad, hay una distinción entre costumbre y precedente que realiza el propio *Common Law*, que se basa en el derecho consuetudinario independiente de la decisión provocada. Es decir, la costumbre es una fuente autónoma del conflicto, mientras que el precedente se origina a causa de una controversia.

Para Marinoni [...]

> No hay poder que pueda eximirse de responsabilidad por sus decisiones. No obstante, es poco plausible que alguien pueda justificar su responsabilidad cuando decide casos iguales de forma desigual. *Treat alike cases* es el principio que siempre estuvo en la base del *Common Law* consistiendo en una de las principales razones de su coherencia, así como de la confianza y del respeto dispensados al Poder Judicial. Tratar de la misma forma los casos similares es algo fundamental para la estabilidad del poder y para la manutención de la seguridad necesaria al desarrollo de las relaciones sociales.[169]

8.2. Las diferentes formas de enfocar una misma cuestión provocan cierta complejidad para entender si es todo el precedente el que se aplica, en el sentido de espejar los hechos y seguir el mismo resultado; o verlo objetivamente y resolver qué es lo que tiene eficacia de precedente (que lleva a distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*).

De igual modo, un precedente debe reconocer un esquema de influencias, porque no será cualquier decisión la que deba seguirse, sino aquellas que por la organización de los tribunales provocan una relación de autoridad y jerarquía.

En este espacio suele referirse a *precedentes horizontales*, *precedentes verticales* y *auto precedentes*, donde también se dividen entre precedentes persuasivos y obligatorios.

> De otro lado, que una sentencia constituya un precedente implica algún tipo de vinculatoriedad de esta con casos futuros. En un sentido estricto, un precedente sólo es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las

[169] Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios*, Palestra, Lima, 2013, p. 121.

> decisiones sucesivas de casos análogos, y desde este punto de vista opera de modo semejante a una norma de origen parlamentario o gubernamental. Sin embargo, este modo de entender el precedente es demasiado limitado, puesto que sólo sirve para explicar algunos aspectos del mismo (así se afirma que este sentido estricto daría cuenta del sistema inglés pero no así del de EE.UU. en el que el *stare decisis* es más flexible). Por ello, la cuestión de la vinculatoriedad del precedente no puede reducirse a la alternativa entre vinculante y no vinculante, sino que es necesario tener en cuenta una escala compuesta por varios grados de eficacia: *a)* vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio); *b)* vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio); *c)* vinculación fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio); *d)* vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo); *e)* no vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente).[170]

8.3. La dimensión institucional es un problema en países donde el control de constitucionalidad se reparte entre el modelo difuso y concentrado. La fórmula del órgano de cierre resuelve parte del conflicto, pero no todo, porque el acceso a las Cortes Superiores, muchas veces, es restringido produciendo así que la fiscalización definitiva quede diluida.

Aparecen entonces precedentes distintos conforme se originen. Son verticales cuando hay una jerarquía en el escalafón judicial donde los inferiores deben respetar y seguir a los superiores. Esto es común en el *stare decisis* del *Common law*.

---

[170] Iturralde, Victoria, "El precedente judicial", *Revista Eunomia*, en *Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 194-201

El precedente horizontal es el que se produce dentro de un mismo nivel de competencias, donde un juez puede orientar a otro par, o quedar ambos obligados por la doctrina plenaria impuesta por los magistrados de revisión.

Otro modelo, más difuso, es el auto precedente que supone la obligación del juez de seguir sus propios fallos.

> Para Taruffo […]: "Se habla igualmente de precedente horizontal para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener para los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel de aquel que ha pronunciado la primera decisión. El precedente horizontal puede tener alguna fuerza persuasiva, que, sin embargo, tiende a ser inferior a la del precedente vertical, ya sea porque no puede tratarse de la corte suprema, que es única, o porque entre órganos del mismo nivel no existe —al menos *a priori*— alguna diferencia de autoridad. Puede suceder que un órgano que no se encuentra ubicado en el vértice de la organización judicial produzca decisiones particularmente apreciables y, por lo tanto, tenga influencia sobre los otros jueces del mismo nivel. Sin embargo, esto depende de la cualidad intrínseca de las decisiones más que de mecanismos parangonables al precedente. Un caso peculiar e interesante de precedente horizontal se encuentra en el llamado auto precedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo. El problema puede concernir a cualquier juez, sin embargo se presenta en particular para las cortes supremas, donde surge la pregunta si dicho auto precedente es o debe ser en alguna forma vinculante a los mismos precedentes. Una respuesta positiva a esta pregunta parece justificada, esencialmente sobre la base de la necesidad de que casos iguales sean tratados del mismo modo por parte del mismo juez. Una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada día de opinión tendría escasa influencia y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos de cara a la ley. Se justificaría entonces, y con sólidas razones, un grado elevado de fuerza del auto precedente, o inclusive un vínculo formal de la corte, la cual tendría que seguir con sus propios precedentes".[171]

[171] Taruffo, Michelle, "Precedente y jurisprudencia", en *Precedente: Anuario Jurídico – 2007*, abril, 2010. pp. 85-99.

8.4. El precedente puede tomarse aisladamente e instalarlo como fuente principal del derecho, aunque el criterio no es mayoritario porque a la jurisprudencia se la considera como un criterio auxiliar.

Esta tendencia persigue consolidar la igualdad en la fila, donde toda persona tenga previsión y certeza cuando reconoce una simetría de su caso con otros ya resueltos. Esto conforma la jurisprudencia, pero debe sumar fundamentos y justificación.

Ahora bien, para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, vale repetir cuanto afirma la Corte Constitucional Colombiana [...]

> Para ello resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del *Common Law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del "*stare decisis*", y en donde por ende, más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutiva, llamada a veces "*decisum*", la "*ratio decidendi*" (razón de la decisión) y los "*obiter dicta*" (dichos al pasar). Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva. En cambio constituye un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.[172]

[172] Sentencia SU 047/99.

9. Parte obligatoria del precedente

9.1. La decisión o parte resolutiva es la parte central de una sentencia de cualquier tipo; pero no es ésta la parte que conforma el precedente. La lógica deviene de un hecho simple: nunca son iguales dos o varios casos, de manera que la influencia que se provoca para determinar el seguimiento forzado es la *ratio decidendi*.

> Así lo señaló con claridad en Inglaterra Lord Jessel, en el caso *Osborne v Rwlet* de 1880, en donde precisó que […] "la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión".[173]

De suyo, los comentarios adicionales, llamados *obiter dicta* son argumentos de disuasión, tienden a provocar doctrina legal, pero no son vinculantes. Son justificaciones de fuerza persuasiva, que se proyectarán en la misma dimensión del prestigio y jerarquía del tribunal.

> Estos diversos efectos no son caprichosos sino que derivan naturalmente de ciertas características del derecho. Así, en la medida en que el sistema judicial pretende resolver definitivamente los conflictos que se le plantean, es natural que el *decisum* obligue a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada, pues de no ser así, el derecho no cumpliría su función básica de pacificación social. Sin embargo, por obvias razones de debido proceso, en principio, esa decisión sólo vincula a quienes participaron en la controversia judicial, salvo algunas excepciones, como los casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento confiere efectos *erga omnes* a determinadas sentencias, tal y como sucede con los procesos de control constitucional en Colombia.

9.2. La desigual obligatoriedad de la *ratio decidendi* respecto a *los obiter dicta* proviene de la teoría de la sentencia, que en materia constitucional, obliga a justificar cada decisión con parámetros mucho más elevados que los convencimientos que pueda argumentar la justicia ordinaria.

---

[173] Cita de la Sentencia 047/99 antes referida.

La discrecionalidad del juez constitucional no es absoluta al punto que una sentencia de control debiera ser la base de una interpretación a establecer en forma consistente y repetida.

> Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces —funcionarios no electos— de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas. Conforme a lo anterior, es también natural que únicamente la *ratio decidendi* tenga efectos vinculantes sobre otros jueces y adquiera la obligatoriedad de un precedente.[174]

Por ello bien apunta Bhrunis Lemarie que el uso del precedente constitucional es diferente. En el caso inglés, por ejemplo, cuando el Tribunal Superior le concede dicha potestad, los jueces con relación al precedente vinculante (*binding precedent*), antes de dictar la sentencia, despliegan la *ratio decidendi*, así como los *obiter dicta* (comentarios al margen); sin embargo, el juez puede apartarse del precedente vinculante, siempre y cuando lo justifique (*distinguishing*). Se destaca que dicho precedente, es el pilar básico de su derecho conocido también como *derecho jurisprudencial* o *derecho de los casos* (case law), esto quiere decir que, lo decidido por los tribunales superiores, deben ser acogidos por los tribunales ingleses respecto a casos similares.[175]

9.3. Asimismo, no es la sentencia definitiva dictada por el fiel y último intérprete de la Constitución la que forma el precedente, sino la doctrina legal que se forma en la *razón de lo resuelto (ratio decidendi).* Ésta no será la resolución aislada sino aquella que consagre principios, imponga reglas o determine orientaciones a seguir en el futuro.

De esta suerte surge que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que

[174] Sentencia 047/99 antes referida.
[175] Bhrunis Lemarie, ob. cit., p. 58.

decidió el caso hubiera escogido, sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores".[176]

> Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior "distingue" (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara.[177]

10. Cantidad de sentencias para que haya jurisprudencia vinculante

10.1. Para que haya jurisprudencia, propiamente dicha, es necesario que el criterio esté consolidado y mantenido por el órgano final de interpretación constitucional. En México, la ley de amparo derogada sostenía en el artículo 192 la exigencia de cinco (5) sentencias ejecutorias ininterrumpidas en el mismo sentido, aprobadas por lo menos por ocho (8) de los once (11) ministros que integran el Tri-

[176] Sentencia 047/99 antes referida.
[177] *Idem*.

bunal Pleno de la Suprema Corte, y por contradicción, según la fracción XIII del artículo 107, cuando existan tesis de las Salas del superior o de los Tribunales Colegiados de Circuito, que sostengan sentidos contradictorios, casos en los que el Pleno debía resolver el criterio de prevalencia o uno nuevo que pusiera fin a la contradicción, constituyendo este criterio emitido por el Pleno, jurisprudencia.

Actualmente, el artículo 222 de la nueva ley de amparo, dispone que la jurisprudencia por reiteración quedará establecida […] "*cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos*".

La doctrina afirma que […]

> La indicada prescripción de la Ley de Amparo dificulta que se establezca jurisprudencia que sirva de orientación a los demás órganos jurisdiccionales de todo el Estado mexicano. Con ello se menoscaba la autoridad de la Suprema Corte como tribunal constitucional, pues se obstaculiza que cumpla esa función. Y, además, lo anterior trasciende a la posibilidad de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, y al otorgamiento de los privilegios correspondientes a la declaratoria jurisprudencial de inconstitucionalidad de una norma general.[178]

10.2. Este modelo parece disuadir al intérprete provocando una diferencia punzante entre precedente y jurisprudencia. La cantidad de fallos aumenta la obligación de seguimiento, a diferencia del precedente que se sostiene en la unidad de resolución.

La jurisprudencia sería fuente en la dimensión que consideramos; mientras que el precedente actuaría como regla que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso.[179]

---

[178] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 80, Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, p. 238.

[179] Taruffo, Michelle, "Precedente y jurisprudencia", en *Precedente: Anuario Jurídico*, 2007, abril, 2010, pp. 85-99.

> Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, "crea" el precedente. Aparte de este perfil permanece claro que la estructura fundamental del razonamiento que llega a aplicar el precedente al caso sucesivo se funda en el análisis de los hechos. Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la *ratio decidendi* aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo. El empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas. El análisis comparativo de los hechos falta, al menos en la grandísima mayoría de los casos. Aquí el problema depende de eso que en realidad "constituye" la jurisprudencia: se trata, como se nota, de las máximas elaboradas por la correspondiente sala de la Corte de Casación de Italia. La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo. No en vano las recolecciones de jurisprudencia se asemejan a codificaciones más detalladas de aquellas que representan los códigos verdaderos y propios, pero continúan siendo una "recolección de normas".[180]

El modelo de *Perú* recrea la idea de jurisprudencia a partir de establecer un núcleo de derechos sobre los cuales quiere afianzar y provocar que no sean libremente interpretados, con el riesgo que ello supone.

El Tribunal Constitucional admite que se convierte en un poder constituyente derivado, y que el poder de estabilización puede conseguirlo con decisiones vinculantes para

[180] Taruffo, ob. cit., p. 91.

la justicia ordinaria que, al mismo tiempo, funge como orientadora de la administración y de la legislación.

Es el Tribunal el que determina cuándo hay "precedente vinculante", lo que lleva a pensar que la sentencia pronunciada se elabora con esa finalidad de concretar una doctrina legal obligatoria.

> La razón por la que se ha optado que sea el propio tribunal quien determine que fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia tiene calidad de *ratio decidendi* y, por lo tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores, proviene de la tesis de diferenciar el precedente de la sentencia o jurisprudencia (*iuris dictio),* propiciando establecer que el Tribunal señale con precisión cual será el precedente vinculante, y asentar que ella solamente estará en la razón de la decisión y no con la decisión en sí misma. Esta potestad se encuentra en el Código Procesal Constitucional en el artículo VII, cuando establece que: "*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen <precedente vinculante>, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*".

10.3. El patrón no tiene asilo seguro porque se quiere evitar la consistencia eterna de doctrinas que dejan fuera de tiempo las adaptaciones que la propia sociedad va generando. La certeza eventual conseguida mediante la uniformidad jurisprudencial no puede instalarse como un muro levantado para la innovación o el activismo judicial.

El distanciamiento se pone en evidencia cuando solamente se da la posibilidad de crear jurisprudencia vinculante al Tribunal Constitucional, quitándole a los superiores tribunales administrativos u ordinarios el mismo derecho.

> En Colombia, por ejemplo, la sentencia C-836/2001 determinó que no era una sino tres las sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, las que creaban el precedente vinculante; y ello, siempre que versaran sobre el mismo punto de Derecho

Esta sentencia (C-836/2001) de la Corte Constitucional colombiana pone en el escenario de la confrontación a dos

garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.

La comprensión integrada de estas dos garantías resulta indispensable para darle sentido a la expresión "imperio de la ley", al cual están sometidos los jueces, según el artículo 230 de la Constitución. En efecto, cualquier sistema jurídico, ético, moral y en fin, cualquier sistema de regulación que pretenda ordenar la conducta social humana necesita reducir la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales. Sólo de esta forma puede dicho sistema atribuir consecuencias a un número indeterminado de acciones y situaciones sociales. En un sistema de derecho legislado, estas consecuencias jurídicas se atribuyen mediante la formulación de normas escritas, generales, impersonales y abstractas. Estas características de la ley, si bien son indispensables para regular adecuadamente un conjunto bastante amplio de conductas sociales, implican también una limitación en su capacidad para comprender la singularidad y la complejidad de las situaciones sociales, y por lo tanto, no es susceptible de producir por sí misma el efecto regulatorio que se pretende darle, y mucho menos permite tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales. Para que estos objetivos sean realizables, es necesario que al texto de la ley se le fije un sentido que le permita realizar su función normativa.

En específico en Colombia la Ley Orgánica señala que las resoluciones emitidas por la Corte Suprema tienen el carácter de precedente vinculante para los tribunales inferiores. Ello permite, de manera excepcional, que el juez se aparte del precedente, siempre que se motive adecuada-

mente la resolución y se deje constancia del precedente obligatorio que se desestima y los fundamentos que invoca.[181]

10.4. Ahora bien, una sentencia del Tribunal Constitucional es obligatoria aunque pueda no ser vinculante. Es del primer tipo la decisión en sí misma en cuanto resolución de condena; pero la formación del precedente —como se dijo— no se aloja en la parte dispositiva sino en los fundamentos.

> Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional. Esto se explica cuando los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y es que no puede ser de otra forma, pues de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamentos en prescripciones del ordenamiento. El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.[182]

Cuando no se especifica que el fallo constituye un precedente (problema que no tiene Perú porque el Tribunal Constitucional lo manifiesta expresamente) la *ratio esendi* será aquella que los jueces posteriores identifiquen en una sentencia anterior y apliquen al caso concreto. Solo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones y fundamentos que tiene la sentencia que aplica y considera de seguimiento conveniente.[183]

---

[181] Sentencia C-836/2001.

[182] Rivera Santiváñez, José Antonio, "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante", en *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.), Palestra, Lima, 2007, p. 168.

[183] Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El precedente constitucional en Colombia*, en "Estudios al precedente constitucional", Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.), Palestra, Lima, 2007, p. 184.

10.5. Otro aspecto es la extensión dominante del fallo hacia otros poderes de gestión y gobierno. En *Alemania*, por ejemplo, el art. 31 de la ley del Tribunal Constitucional Federal determina:

"*Las decisiones de la Corte constitucional federal son obligatorias para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados federados como así también para todos los tribunales y autoridades*". La vos autoridades significa alcanzar a todos los órganos, autoridades y tribunales estatales.

Para Hartwig [...]

> El efecto vinculante para los otros órganos estatales trae consigo dos prohibiciones: En primer lugar un tribunal, una autoridad u otro órgano no pueden dictar nuevamente un acto idéntico al que ha sido declarado inconstitucional por el tribunal constitucional. Como regla general podría afirmarse que en el derecho procesal ordinario el efecto de cosa juzgada de una decisión de un tribunal se limita al objeto concreto del litigio y no abarcaría un acto posterior aunque tenga idéntico contenido, porque el fallo se refiere al otro acto anterior. Por el contrario, el art. 31 de la ley del tribunal constitucional generaliza la prohibición y vincula la autoridad en un sentido más amplio por cuanto esa prohibición se extiende ulteriormente a otros órganos de manera que no puedan tomar decisiones idénticas a la declarada inconstitucional (las llamadas *Parallelentscheidungen*). En el derecho procesal ordinario una decisión afecta solamente el órgano que tomó la decisión en el mismo caso, no restringe con efecto vinculante el comportamiento de una autoridad estatal. De esta manera se observa una generalización del efecto vinculante para toda la administración estatal y para todos los tribunales.[184]

Por otro lado, es importante destacar que la ley no extiende los efectos a los individuos. La Constitución alemana establece las disposiciones que regulan la relación entre los órganos estatales. Allí los individuos no juegan ningún papel. Conforme a la Ley Fundamental alemana no hay una

[184] Hartwig, Matthias, *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales*, en Jurisdicción constitucional en el Siglo XXI, Costa Rica, 2012 (ponencia).

constelación que establezcan obligaciones materiales para los individuos y por ello carecería de sentido asignar efecto vinculante de las decisiones del tribunal para los individuos.[185]

10.6. Finalmente corresponde observar si el precedente obliga también al seguimiento del órgano que lo emite. Lo que se podría llamar *auto vinculación*.

El carácter vinculante de los precedentes se explica desde la necesidad de dotar de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está la predicción y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales.

La Corte Constitucional de Colombia dice:

> Esto se logra a partir de dos vías principales: *(i)* el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y *(ii)* la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que *(a)* incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; *(b)* cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; *(c)* sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predictibilidad.[186]

No obstante, puede suceder que haya variaciones de contexto como sociales que obliguen a readaptar la línea

[185] *Ibídem*.
[186] Sentencia C-634/11.

argumental. En estos casos la regla del precedente encuentra excepciones que no dilata ni flexibiliza la rigidez de la regla, sino que pone razonabilidad a la necesidad de tener un orden legal justo.

> La continuidad del precedente se resalta cuando: (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, eviden-

> ciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley para el caso en concreto.[187]

La obligatoriedad depende de las circunstancias, por eso algunos sostienen que es posible cuando se explica y argumenta la necesidad. Plus argumentativo que faculta a variar la jurisprudencia solo cuando el cambio deviene imprescindible.

> Rivera Santiváñez dice que […] "los distintos tribunales constitucionales han diseñado criterios o test —más o menos similares— a los que debe someterse todo cambio de jurisprudencia. Para que un cambio radical de jurisprudencia no amenace su legitimidad, es necesario, entre otras cosas: (i) que resulte evidentemente claro que el Tribunal o Corte y sus miembros no actúan de manera coyuntural, sometidos a fuertes presiones sociales o políticas; (ii) que las razones jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina hayan demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo las ha convertido en obsoletas o anacrónicas; (iii) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que este resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses del Tribunal o Corte; (iv) que el efecto benéfico del cambio de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño —en términos de legitimidad de la Corporación y seguridad jurídica— que produce el mencionado cambio".[188]

Resta adicionar que en Costa Rica la misma Ley de Jurisdicción Constitucional establece en el artículo 13 que […]: "*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma*".

---

[187] Sentencia C-634/11.

[188] Rivera Santiváñez, José Antonio, "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante", en *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.), Palestra, Lima, 2007, p. 172.

Mientras que, para apartarse, algunas legislaciones lo establecen expresamente. Por ejemplo, el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad de Ecuador establece que es obligatorio pero la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

10.7 También el mantenimiento de una doctrina constitucional se refleja en la teoría general del proceso, que se ve impedida de actuar allí donde el precedente funge como una valla de contenido político que obstruye cualquier revisión mediante un medio de gravamen o alguna vía de impugnación.

La proyección del precedente es gravitante en acciones de inconstitucionalidad donde la revisión del acto lesivo debiera ser, por vía de principio, considerado caso por caso. La aplicación de un criterio ya pensado y aplicado desde un tiempo hacia adelante, conmueve la razonabilidad de la declaración genérica.

Por eso, basándose en la necesaria temporalidad de los fallos, Bujosa Vadell propone […]

> Se trata también aquí de una ponderación de intereses encontrados: por un lado, la supremacía de la Constitución por encima de las normas contrarias a ella, y por otro, los desajustes graves que la declaración de inconstitucionalidad puede producir en el ordenamiento jurídico. Lo más prudente desde el punto de vista constitucional nos parece, sin embargo, el estímulo de la diligencia del legislador, que evite poner al Tribunal Constitucional en la dudosa situación de tener que mantener por más tiempo los efectos de una norma cuya inconstitucionalidad tiene clara.[189]

[189] Bujosa Badell, Lorenzo, "La eficacia temporal de las sentencias de los Tribunales Constitucionales", en *Libro de ponencias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Cartagena de Indias, setiembre de 2012, p. 951.

CAPÍTULO VII
LA SENTENCIA ESTIMATORIA

1. Definiciones

1.1. La sentencia constitucional define su alcance según la cuestión planteada. Cuando resuelve un conflicto entre partes, la cosa juzgada se parece mucho a la que tiene un pronunciamiento común, sea ya por los límites objetivos y subjetivos, como por el efecto que aplica en el caso concreto. Son decisiones de naturaleza constitucional que admiten o desestiman pretensiones específicas de las partes.

En estos supuestos, la intervención del juez constitucional no es distinta de la que cumple el juez ordinario. Se mantienen en el proceso los presupuestos de acceso, regularidad de la instancia, producción probatoria y determinación del derecho aplicable; tanto como se igualan los principios procesales, en particular el de igualdad, economía y eficacia procesal genérica.

La sentencia, entonces, puntualiza una situación jurídica; interpreta los hechos, subsume el derecho, y se pronuncia con un acuerdo a la razón invocada o rechazando la demanda.

Sin embargo, una sentencia constitucional estimatoria, dentro de un proceso entre partes, tiene proyecciones que la sentencia ordinaria no cuenta.

1.2 En las cuestiones abstractas de inconstitucionalidad, la intervención jurisdiccional es particularmente especial en los sistemas de control concentrado, los que persiguen una actuación preventiva del Tribunal Constitucional rogando que sus sentencias sean interpretativas.

En la práctica no admiten ni rechazan, solo dan inteligencia de aplicación a una norma fundamental o a una cláusula constitucional.

En los modelos de vigilancia distribuida sobre la supremacía, el juez ordinario se desenvuelve dentro de un modelo similar con las acciones declarativas de inconstitucionalidad, donde la base de sustento para su función es la obligación de despejar un estado de incertidumbre, procurando afianzar la seguridad jurídica del justiciable, mediante una sentencia que declare en el caso concreto, la aplicación, alcance y modalidades de ejecución de la norma en conflicto.

1.3. Vale decir que, si pudiéramos igualar las situaciones entre jurisdicciones, la resolución final podría estar equiparada; pero la divergencia aparece con la construcción ideológica de la decisión. No son únicamente los argumentos que las partes despliegan los que ponen prioridad de motivos; tampoco lo fuerza la contundencia probatoria que se haya gestado; lo más importante y que trasciende dicho interés particular, es el poder de interpretación constitucional.

La Corte Constitucional de Colombia, en una sentencia que se hizo famosa sostiene esta tesitura y dice [...]

> Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son

> aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.[190]

Por eso, aun cuando la sentencia estimatoria dirima una controversia, también funge con alcance definitorio y fuerza normativa.

1.4. La sentencia estimatoria es una parte del modelo general en la teoría de la decisión. Ocupa el espacio más amplio de la cobertura que da razones y derechos al que ha planteado el derecho a tener una sentencia favorable.

> Uno de los principales debates que ha dado la teoría general del proceso fue definir si el ejercicio de la actividad de petición suponía o no el derecho a una sentencia favorable. Von Bülow había dicho que la acción era la posibilidad concreta de dirigirse al Estado para obtener una justa solución a su conflicto (también, Muther, Wach). En cambio, hubo quienes sostuvieron que la acción no podía dirigirse sino contra el adversario, que era quien debía soportar la actuación de la ley y por ende, para alcanzar una sentencia que comulgase con la pretensión interpuesta era necesario estar asistido de razón. Otros prefirieron reconocer la complejidad del acto y su participación y sentido en una y otra dirección.[191]
>
> La síntesis muestra tres líneas de atención en la elaboración teórica. Después de aislar la noción de derecho subjetivo del correspondiente al ejercicio de la actuación judicial (derecho de acción), el objeto de análisis se referencia con relación a la naturaleza que tiene el principio de disposición que le corresponde al interesado cuando promueve una petición ante la justicia. Algunos sostuvieron que esa facultad era intrínseca al derecho (abstracto), y por eso, no tenía mayor importancia la razón o el fundamento de la demanda. Para actuar el derecho de acción era suficiente pedir al Estado la puesta en marcha del aparato jurisdiccional. Después, se observará que el simple derecho de petición no era bastante ni podía quedar simplificado en

---

[190] Sentencia T-406/1992.

[191] Fazzalari, Elio, *Note in tema di diritto e processo*, Cedam, Milano, 1957, p. 112. En Argentina, Podetti, Ramiro J., *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 335 y ss.

> el primer movimiento. La acción se extendía hasta el derecho a lograr una sentencia favorable, de manera que tenía un carácter concreto. Ambas corrientes atendieron el derecho del que peticiona, y en esta línea se dieron en el siglo XX algunas normas fundamentales, como la Constitución española, que en el art. 24 reconoció en el derecho a la tutela judicial efectiva, dos partes importantes: el derecho de acción y el derecho a la jurisdicción.
>
> La tercera línea estudia el significado que tiene la acción interpuesta ante el órgano jurisdiccional. Se trata de ver qué tipo de obligaciones nacen desde la petición y como se resuelve el hecho en sí mismo. Vale decir, si el solo ejercicio obliga a actuar todo el proceso, o la jurisdicción conserva potestades suficientes para regular el acceso y el derecho a llegar a una sentencia favorable.[192]

La procedencia (pertinencia *lato sensu*) de cuánto se pide no tiene el mismo sentido en las acciones abstractas, pero en ambos casos el Tribunal o Corte, dispone de modalidades que puede implementar con miras de conseguir una mayor efectividad en los derechos que interpreta o declara, y sin que ello sea un deterioro político o institucional cuando se trata de ir contra una situación jurídica amparada bajo un régimen determinado.

Asimismo, como las decisiones constitucionales son adoptadas por órganos de cierre, existen muy pocas posibilidades de replanteos o revisiones. La impugnación excepcionalmente se tolera como recurso de interpretación, no siendo ésta una vía habitual. La alegoría de Jackson es cierta cuando afirma que […]: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra".[193]

> En efecto, el Tribunal Constitucional debe interpretar tanto el texto o disposición constitucional que sirve de

---

[192] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 90-91.

[193] Ver voto concurrente del juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953), cita de Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, pp. 113-158.

parámetro, como el precepto infraconstitucional sometida a juicio. A su vez, los textos son multisemánticos, de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto. Por lo que de un mismo texto o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución. Por otra parte, la Constitución dota al juez de la misión de ser guardián de la supremacía y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, dotándolo para ello del instrumento más eficaz para ello, la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo no está obligado a utilizar dicha arma en todos los casos, ya que debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producto del parlamento y otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos, ello abre las puertas a la búsqueda de sentencias que constituyen respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, lo que da nacimiento a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.[194]

2. Sentencias atípicas

2.1. La naturaleza que contrae una sentencia constitucional la hace diferente del modelo común. Su proyección aventaja el territorio que las partes delimitan con sus pretensiones, y excede naturalmente esa dimensión cuando se abordan cuestiones abstractas (v.gr.: consulta de inconstitucionalidad). Por eso suelen llamarse *sentencias atípicas*.

Si el formato de la sentencia quedara en el cuadro de la formación general, bastaría con decir que se hace lugar a la declaración de inconstitucionalidad o que ella se rechaza, y nada más.

En cambio, si atendemos la argumentación enfatizada, las razones expuestas, los motivos aportados, y cuanto se espera conseguir de ese pronunciamiento, pronto se verá

[194] Nogueira Alcalá, ob. cit., nota anterior, p. 113.

que el reducto de las partes en conflicto tiene aperturas y finalidades que admite generalizar la decisión, o esperar de ella más que una cosa juzgada entre partes.

Obvio resulta así, que no importa el sistema previsto para el control de constitucionalidad, porque al emitirse una sentencia constitucional, la consecuencia prevista permitirá clasificar las posibilidades y características.

2.2. En los capítulos anteriores dividimos el análisis de la sentencia constitucional en tres planos distintos: *a)* la elaboración formal de la sentencia; *b)* la resolución propiamente dicha y, *c)* la decisión institucional.

La primera división se ocupa de ver como se elabora técnicamente. No son cuestiones sustanciales las que se ven, sino el modelo formal y solemne de la estructura. En la segunda nos referimos al pronunciamiento dirimente de un conflicto entre partes. Allí anidan los fundamentos, los motivos, la argumentación y la construcción ideológica del pronunciamiento. Ahora corresponde estudiar las modalidades que adquiere una sentencia constitucional cuando quien la emite quiere consolidar el alcance y sentido de una norma constitucional o preceptos vinculados con ella, o que la influyen de manera directa. Son particularidades propias de cuánto se pude hacer, y el tiempo más preciso para encontrar diferencias con la teoría general del proceso.

> En Perú la doctrina más calificada[195] divide entre *sentencias de especie* que 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* que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y hasta forjan verdaderos precedentes vinculantes; y las *sentencias institucionales* que adicional-

[195] García Tomá, Víctor, *Las sentencias: Conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Ciencias Procesal Penal, Lima, s/f, p. 43.

> mente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar decisiones 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.

2.3. Como todo proceso el fin del recorrido se aloja en la decisión que cierra el conflicto. No siempre hay controversia en las cuestiones constitucionales; a veces solo se trata de una consulta, y el resultado también será una sentencia antes que un dictamen.

La diferencia puede estar en las formas: unas veces se declara; otras se condena; a veces se disponen plazos o esperas, postergando así el esquema clásico de la ejecución inmediata. En fin, las particularidades de las sentencias constitucionales permiten establecer al menos tres clasificaciones:

- Por el *resultado*, son estimatorias o desestimatorias.
- Por las *modalidades* podrán ser interpretativas, normativas, aditivas, reductivas, sustitutivas.
- Por los *efectos* son exhortativas, estatutarias o declarativas.

A su vez las sentencias exhortativas tienen modos y efectos propios, que pueden llevar a la anulación, la inconstitucionalidad total o parcial, la delegación (sentencia condicional) o la resolución diferida (constitucionalidad precaria).

En cambio, si se considera el *resultado* concreto que expresan, las sentencias podrán comenzar un período nuevo, proseguir el que estaba emplazado, o revertir el que se venía aplicando. Son las diferencias entre las llamadas *sentencias de fundación* o *sentencias hito* (leading case); *sentencias continuadoras de línea*, y *sentencias de cambio de línea u orientación*.

Todas ellas tienen una particularidad intrínseca con la impronta del tribunal o corte que las emite, en el sentido de representar tipos de *sentencias manipulativas* según actúen sobre el texto, la gramática o la orientación (interpretación, propiamente dicha) que se quiera dar.

> Otra clasificación de las sentencias la presenta Bhrunis Lemarie, dividiendo entre: 1) *Sentencias interpretativas:* siendo las que rechazan una demanda de inconstitucionalidad; 2) *Sentencias Manipulativas:* con tres puntos a tener presente, según anulen un inciso o parte de la ley, fuercen la interpretación del texto o le den una interpretación determinada; 3) *Sentencias sustitutivas*: donde se sustituye la interpretación por otra; 4) *Sentencias reductoras:* en que los jueces hacen una lectura restrictiva del precepto legal y, finalmente, 5) *Sentencias aditivas* donde se realiza una interpretación con relación al ámbito de aplicación del precepto legal.[196]

2.4. En otro espacio se instala la *cosa juzgada constitucional* donde se puede ver la eficacia temporal del fallo; la validación al futuro (*ex nunc*) o la afectación a relaciones jurídicas consolidadas (*ex tunc*), o el diferimiento. También aquí se define el alcance hacia todos (*erga omnes*) o la dilucidación solo para quienes han sido partes del proceso o son destinatarios de la sentencia que se emite (*inter partes*).

Hay muchas clasificaciones sobre las sentencias constitucionales. Olano García,[197] por ejemplo, las clasifica por la modulación que aplica la Corte Constitucional de Colombia, y encuentra:

---

[196] Bhrunis Lemarie, ob. cit., pp. 63-64.

[197] Olano García, Hernán Alejandro, "Tipología de las sentencias constitucionales", *Universitas*, núm. 108, diciembre 2004, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, pp. 571-602.

Tradicional	Manipulativas	Prospectivas	Derecho de los jueces	Sin modulación
	a) Interpretativas o Condicionales b) Integradoras o aditivas c) Sustitutivas d) Apelativas o exhortativas	a. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o ex tunc b. Sentencias con efecto pro futuro o ex nunc c Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal	a. Sentencias fundadoras de línea b. Sentencias hito c. Sentencias confirmadoras de principio d. Jurisprudencia "Pop"	a. Sentencias de control concreto de constitucionalidad b. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad c. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión d. Sentencias con efectos en el ámbito personal e. Sentencias atípicas f. Sentencias sobre omisiones legislativas

Otros autores dividen entre estimatorias y desestimatorias, poniendo en el primer grupo a: a) las de simple anulación; b) interpretación; c) normativas; d) reductoras; e) aditivas; f) sustitutivas y g) interpretativas normativas diferidas.[198]

Es cierto, como advierte Sagüés[199] que no hay una sola clasificación; aunque en nuestro parecer se puede hallar en las muchas que existen, sintonías y coincidencias. El autor las presente como sentencias atípicas manipulativas, que pueden ser admisorias de la pretensión o denegatorias de ellas. En este campo, a su vez, pueden ser aditivas y sustitutivas. En cambio las exhortativas son de delegación; declarativas de inconstitucionalidad simple o diferida

[198] Landa, César, *Las sentencias atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana*, ponencia en el seminario internacional *"La justicia constitucional. Prolegómeno de un Ius Constitutionale Commune en América Latina"*, organizado por el Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009, pp. 18 y ss.

[199] Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, noviembre, año 4, vol. 4, núm. 2, Chile, 2006, p. 194.

3. Construcción formal de la sentencia estimatoria

3.1. La división simple entre sentencias que admiten o rechazan no tiene demasiada importancia en este contexto. Ella se toma del resultado que profiere, porque no solamente las partes estarán alcanzadas por la eficacia del fallo, sino toda la sociedad por las derivaciones posiblemente establecidas.

Por ejemplo, una sentencia que resuelve la violación a un derecho individual, si éste es homogéneo, y por tanto se comparte con otros por su condición colectiva, es evidente que puede repercutir en forma general, consiguiendo una mejor trascendencia.

Es la dimensión social que supera en temas constitucionales el reducto de la pertenencia propia; los derechos individuales continúan siendo protegidos en forma prevalente, pero hoy admiten que la realización de ellos no se apegue a las contingencias de lo propio. Hay una correspondencia que mira, por un lado el deber implícito del Estado; y por otro, al sentido de validez que tiene una sentencia constitucional.

Dicho en otros términos: no es que sea constitucional por la materia que se interpreta; sino por la eficacia que encamina a la realización de los derechos. De este modo, una sentencia estimatoria conecta los valores fundamentales que muestra el caso implicado con las garantías que tiene el particular; esa eficacia ha de ser directa respecto al demandante/demandado, y existirá, al mismo tiempo, una eficacia refleja que podrá darse con un nutrido y variable conjunto de proyecciones (v.gr.: tipo de sentencias; extensión de la cosa juzgada; formación del precedente; etc.).

Otra vez la Corte Constitucional Colombiana acentúa diciendo que […]:

> Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico que pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. De este tipo son los valores de convivencia, tra-

> bajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa.[200]

3.2. Las formalidades de la sentencia no difieren. Las tres consistencias de resultandos, considerandos y fallo siguen las líneas tradicionales. A tono con esa construcción, cada parte esquematiza cuanto le corresponde hasta llegar a la parte dispositiva.

> El diseño formal de las sentencias constitucionales prevista por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucionalidad de Ecuador, es diferente del elaborado por la jurisprudencia vinculante. Esto no quiere decir que la sentencia no recoja los requisitos de la ley, así podemos afirmar que la sentencia tiene una parte de antecedentes que recogen los hechos del caso concreto; fundamentos de derecho que se encuentran formulados como problemas jurídicos y la parte resolutiva que incluye jurisprudencia vinculante o reglas generales y obligatorias para el sistema jurídico y el precedente que resuelve el caso concreto. Entonces, la jurisprudencia de una manera diferente reconoce los requisitos de la ley.[201]

De igual manera, cuando hablamos de constitución debida, referimos a la integración adecuada del Tribunal, ya sea por suplencias dispuestas por ausencia temporaria de

[200] Sentencia T 406/1992.
[201] Bhrunis Lemarie, ob. cit., p. 101.

los jueces titulares, o por vacancias o reemplazos de jueces renunciantes o con licencia, respectivamente. La cuestión tiene importancia por la garantía constitucional que impone constituir el proceso con su juez natural.

Con relación a las partes la sentencia debe pronunciarse estando debidamente integrada la relación jurídica procesal, de manera que si no está completo el cuadro de partícipes obligatorios o necesarios, la sentencia no hará merito absoluto con relación a todos, sin perjuicio de la intervención de terceros y el litisconsorcio.

3.3. También cuadra observar el aspecto objetivo de la resolución. En este campo acontecen numerosas situaciones de análisis preliminar. Muchas de ellas le corresponden a la teoría general del proceso, y asientan en la necesidad de una causa o cuestión litigiosa (que no importa controversia, sino obligación de expedirse respecto a una situación de conflicto —de hecho o de derecho—); en el tiempo, lugar y forma (con su directa participación en los componentes externos del pronunciamiento); en la posibilidad de atender cuestiones de resolución previa que, de ser procedentes, impedirían la atendibilidad sobre las cuestiones de fondo (v.gr.: excepciones de litispendencia, incompetencia, falta de legitimación para obrar, cosa juzgada, etc.).

> La Corte Constitucional de Colombia afirma que […] mientas no se garanticen los principios, derechos y deberes a las personas, que enmarcan sobre las garantías procesales y sustanciales que debe tener el demandante para acceder al proceso, sustentadas en la integridad de las decisiones del juez frente a las excepciones de prescripción y cosa juzgada no como previas sino como de mérito en todos los casos y no en algunos, no podría hablarse de un orden social justo. Por ello dentro de los principios que conforman el derecho procesal, se encuentra el de *igualdad procesal* en virtud del cual toda persona tiene iguales oportunidades para ejercer sus derechos, debiendo recibir un tratamiento exactamente igual.[202]

[202] Sentencia C-820/11.

3.4. Queda claro que la sentencia es un acto jurídico procesal cuya formalidad se establece "*ad solemnitatem*", permitiendo estructurar su contenido en tres partes bien delimitadas y de importancia intrínseca diferente.

La formalidad del fallo se inicia con la indicación del lugar y fecha donde se emite. A continuación comienzan los denominados resultandos, que son aquellos que tienen por finalidad individualizar los sujetos de la pretensión y precisar el objeto sobre el que debe recaer el pronunciamiento.

Luego se impone la relación sucinta sobre los hechos, lo que no significa una explicación total sino, solamente, de lo que es conducente. Apenas un breve relato es suficiente, al punto que si no los menciona, no motiva vicio alguno ni causa de agravio.

La segunda parte de la sentencia es la más importante. Los considerandos se dividen a su vez en motivaciones de registro diferente. Existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo. Esos fundamentos deben respetar un orden crítico, de modo tal que se analicen los hechos, se aprecie la prueba, se determinen las presunciones emergentes, se disponga el derecho aplicable y, en su caso, se califique la conducta de las partes. Además ha de existir un tratamiento pormenorizado de las cuestiones sometidas a litigio, y una adaptación lógica (congruencia) entre las pretensiones y la decisión.

La parte final de la sentencia es el fallo o parte dispositiva, que contiene la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, declarando el derecho de los justiciables haciendo lugar o no a lo pedido en la demanda. Esto es propio de las llamadas *sentencias estimatorias*.

El acatamiento a las formas procesales respeta el prudente designio de la seguridad jurídica, porque, como documento de que se trata, la sentencia está destinada a permanecer. En consecuencia para asegurar ese destino sin transformaciones, el fallo no debe contener vicios que lo invaliden, ni apartarse de las normas preestablecidas para su redacción.

> Se ha enfatizado, no obstante el recaudo de dar cumplimiento al principio de legalidad formal, que un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y, por esta vía sus actuaciones devienen en una denegación de justicia, causada por la aplicación de disposiciones procesales opuestas a la vigencia de los derechos fundamentales, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales o por un rigorismo procedimental en la apreciación de los presupuestos de admisión.

3.5. Donde anida la principal diferencia de la sentencia constitucional con las demás que resuelven controversias o conflictos de variada naturaleza está en los fundamentos.

> En ese sentido —dice García Tomá— la razón suficiente que se expresa en los fundamentos, 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 escogitada 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.[203]

Este es el reducto de la justicia y de la arbitrariedad, de lo simple y lo complejo, de lo fácil y lo difícil, de la ideología

[203] García Tomá, Víctor, *Las sentencias: Conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Ciencias Procesal Penal, Lima, s/f, p. 44.

o de la imparcialidad. En fin, se trata de un segmento de espinosas concreciones porque la decisión judicial siempre trabaja sobre antinomias, en las que el criterio de la mayoría impuesta no puede ser producto de una deliberación extraña al cuerpo que tiene que resolver.

3.6. En materia constitucional hay una fuerte tendencia a la verticalidad de contenidos. Lo que dice la Constitución no se discute, y cuantos derechos se reglamenten para hacerla más efectiva, mejor será para los derechos del hombre. Esta idea se basa en que mayor sea el arsenal legislativo mejor será la consagración de los derechos.

Sin embargo, la sentencia constitucional no es necesariamente declarativa de todo lo reglado (que suele decirse como "interpretación conforme") mientras quede en la potestad del que juzga encontrar la razón suficiente más la ponderación sobre hechos y consecuencias.

> Lorenzetti sostiene que esta lucha por la declaración y la competencia horizontal revela que no se trata de agregar derechos sino de tener en cuenta la base institucional a la que son anexados. El vicio inherente a la teoría de los derechos es que presupone un horizonte homogéneo de experiencia, que no existe en la realidad. Se produce así un conflicto entre la diversidad persistente de las relaciones sociales y el poder homogeneizador del Derecho. De este modo hay dos efectos adversos. En algunos casos se sobre regula a fin de producir esa nivelación, provocando la rebeldía de sectores afectados y contradiciendo reglas económicas-sociales que terminan por desbaratar la pretensión protectoria. En otros supuestos se *infraregula*, conduciendo a la privatización de lo jurídico, adoptando los criterios de racionalidad práctica extralegal: el Derecho economizado, medicalizado, politizado.[204]

De este modo una sentencia estimatoria o negatoria no representará el análisis de ecuación entre los derechos fundamentales y su vigencia práctica, sino antes y mejor, la concreción de ellos en un marco de posibilidades reales.

---

[204] Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Sana Fe, 2006, p. 325.

En consecuencia, para alcanzar un resultado valioso no se tratará simplemente de declarar la aplicación de un derecho fundamental, porque tendrán que darse las bases de su alcance, cumplimiento y eventual ejecución.

Estos son los pilares donde asienta una sentencia estimatoria.

CAPÍTULO VIII
LA SENTENCIA INTERPRETATIVA

1. Definiciones

1.1. Cualquiera sea el resultado final que se resuelva, siempre existirá una labor expresa de razonamiento e interpretación constitucional. La diferencia con la interpretación común (doctrinaria o legal) surge de la obligatoriedad que genera la inteligencia pronunciada por la Corte Constitucional.

La elaboración técnica se construye sobre el corolario que se pretende. Cuando la sentencia es estimatoria, la fundamentación exige de los mejores argumentos y del justificado proceder con el modelo de interpretación aplicado. En cambio, la que desestima puede apoyarse en estándares como el de conservación o principio de constitucionalidad.

> Con las denominadas sentencias interpretativas […]"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 incompa-

> tible 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".[205]

1.2. La idea de conservar el texto constitucional proviene del ideario Kelseniano que estableció la defensa del orden dispuesto, de una vez y para siempre, evitando que se aplicaran en forma discordante los preceptos creados.

Una norma que fuera expulsada del ordenamiento jurídico significaría crear una laguna legal, por ello un mecanismo apropiado para el resguardo fue la interpretación conforme, por el cual el juez constitucional debe proteger, con los límites de la prudencia y la razonabilidad, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

El riesgo de la politización de esta tendencia surge con las llamadas "sentencias manipulativas" que hacen decir al concepto cuanto mejor guarece los intereses del gobierno.

No obstante, se acepta que la inaplicabilidad de la ley o la declaración de inconstitucionalidad sean resoluciones de *última ratio*, sujeta al test de lo inevitable por manifiesto.

El Tribunal Constitucional del Perú sostiene que […]

> 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.
>
> Las sentencias interpretativas propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían

[205] TC del Perú, Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente Nº 0010-2002-AI/TC; publicada el 4 de enero de 2003 en el Portal Electrónico del Tribunal Constitucional.

> 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.[206]

1.3. La sentencia interpretativa estimatoria cobra una importancia relevante cuando se erige en cosa juzgada constitucional o se determina como precedente, en la medida que deja de lado su configuración como acto jurisdiccional de tipo resolutivo, para constituirse en una sentencia normativa.

A partir de allí la sentencia constitucional tendrá una parte obligatoria enunciada para que las partes la cumplan; y un contenido normativo que obrará como una sentencia de tipo legislativo o nueva fuente de derechos.

De igual modo, la admisibilidad produce sub clasificaciones que atienden modalidades específicas, según sustituya la sentencia un orden legal predispuesto; o le adicione o agregue especificaciones; reduzca sus alcances o le ponga límites, o directamente decida por la inconstitucionalidad.

1.4. Cada una de ellas tendrá consideración particularizada, sin que impida adelantar que se imponen como sentencias interpretativas de contenido normativo, tal como se explican por la doctrina más caracterizada.

> 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

[206] TC del Perú, Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente Nº 0004-2004-CC/TC. Sentencia publicada el 7 de febrero de 2005 en el Portal Electrónico del Tribunal Constitucional.

> normativo de la ley impugnada agregándosele un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.[207]

2. La interpretación conforme

2.1. Las sentencias estimatorias que hacen lugar a pretensiones declarativas de inconstitucionalidad sobre actos, hechos, normas o reglamentos, tienen la particularidad de trabajar sobre la inteligencia aplicada en cada una de esas situaciones.

Las disposiciones de Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, tanto como los derechos, deberes y garantías que se desprenden de las Constituciones, aportan desde el comienzo un principio que el tribunal no puede soslayar: la *presunción de constitucionalidad* o de ejecución inmediata.

> El Tribunal Constitucional debe interpretar tanto el texto o disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitucional sometida a juicio. A su vez, los textos son multisemánticos, de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto. Por lo que de un mismo texto o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución. Por otra parte, la Constitución dota al juez de la misión de ser guardián de la supremacía y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, dotándolo para ello del instrumento más eficaz para ello, la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo no está obligado a utilizar dicha arma en todos los casos, ya que debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producto del parlamento y otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos, ello abre las puertas a la búsqueda de sentencias que constituyen respuestas realistas y flexibles frente a situaciones

[207] TC del Perú, Proceso de Inconstitucionalidad: Expediente Nº 0004-2004-CC/TC, publicada el 7 de febrero de 2005 en el Portal Electrónico del Tribunal Constitucional.

> inconstitucionales que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, lo que da nacimiento a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.[208]

Realizar cuanto se llama "interpretación conforme" consiste en un procedimiento de adecuación que aplica la ley más favorable al caso siempre que ella no esté contrapuesta con la Constitución. El principio "*favor legis*" sigue el sentido propuesto por Kelsen de estructurar el ordenamiento jurídico en forma piramidal, donde en el vértice superior se encuentre la Norma Fundamental y desde allí proyectar su influencia a todo el resto del sistema jurídico.

Sin embargo, la referencia puede no ser la Constitución, ofreciendo una lectura desde el principio "pro homine" que, a veces se redacta en forma similar en ordenamientos diversos (por ejemplo, México y España): "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*" (similar al artículo 1° segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos de México).

2.2. La fuente donde abrevar es muy importante porque la conformidad comienza con estándares distintos. A veces son los derechos humanos que pueden confundirse con los derechos fundamentales e, inclusive, considerar que ellos solamente son los que la Constitución admite e incorpora. Situaciones que muestran la permeabilidad del criterio.

En otras, se hace un catálogo de derechos y garantías expresamente reconocidos, como lo hace la Constitución Argentina, con sentido expansivo, en el art. 75 inciso 22; o la Constitución de Colombia en el campo opuesto, es decir, reductivo (art. 93).

---

[208] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, p. 113.

Los parámetros de la interpretación cambian, en consecuencia, según se ponga en el vértice mencionado a la Constitución, a los tratados y convenciones, o se deje en libertad de ponderación para adoptar la ley más favorable como principio de adecuación formal.

> Para el Tribunal Constitucional Español la interpretación que se hace con base en el artículo 10.2 no convierte a los tratados y acuerdos internacionales en un canon autónomo de la validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, según lo estableció en la sentencia STC 64/1991 de 22 de marzo. Precisando desde una sentencia previa —STC 84/1989 de 10 de mayo— a la antes referida que fuera de la Constitución no podía admitirse la existencia de norma fundamental alguna, porque si así fuera, señaló el Tribunal Constitucional, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Así, el Tribunal Constitucional de España sólo ha reconocido como fuente de derechos fundamentales a la Constitución, por lo que los tratados no pueden servir de fundamento para incluir nuevos derechos, sino tan sólo son un parámetro interpretativo, justamente, de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos.[209]

2.3. La interpretación conforme se puede convertir en un problema, en la medida que siendo una guía para la estimación o la desestimatoria, puede llevar a creer que permite una pugna entre el juicio del juez que pone en evidencia el desacierto del legislador o del constituyente; o en sentido inverso, el acto que manifiesta la arbitrariedad del juzgador ante la impotencia que sufre el creador normativo.

---

[209] Kastillo Juárez, Carlos A., *La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*, Suprema Corte de Justicia de México, publicaciones, sitio web.

Esta lucha dialéctica entre ley y justicia constitucional dan paso a los límites que han de encontrarse para evitar la consagración de ineficacias, antes que la utilidad razonable que el principio persigue. Interpretar conforme es un juicio de validez, nunca un permiso para la discrecionalidad abusiva.

Por eso, alguna doctrina instala límites que reducen el poder de la interpretación.

> Sostiene Da Silva que referir a la interpretación constitucional con el principio "conforme a", era un hecho curioso que tal forma de interpretación se incluyera entre los llamados principios de interpretación constitucional, ya que cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, no se está hablando de interpretación constitucional, pues no es la Constitución la que debe ser interpretada en conformidad consigo misma sino con las leyes infraconstitucionales. La doctrina brasileña no parece encarar como algo problemático el concepto de interpretación conforme a la Constitución. De forma general, cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, se quiere decir con esto que, cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquélla que sea conforme a la Constitución. Las versiones de este entendimiento citadas más frecuentemente son dos: una jurisprudencial y otra doctrinaria. En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, el marco concerniente a la interpretación conforme a la Constitución es el voto del juez Moreira Alves en la Rep. 1417, de 1987: "[La] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad, de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución".[210]

La tendencia reduccionista no quiere que el juez o tribunal se extralimite, y cuando se afirma que el principio de interpretación conforme solo se refiere a la Constitución, la idea es concretar que la inteligencia que a una nor-

[210] Da Silva, Virgilio Afonso, "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 12, México, 2005, p. 5.

ma o acto se acuerde sea para favorecer la supremacía formal y material de la Constitución.

Ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el principio de interpretación conforme ordena al intérprete que seleccione aquella interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales.

> Pero puede ocurrir que una de las dos interpretaciones origine una norma inconstitucional. En este caso debe abrirse un juicio constitucional contra la norma ambigua, al cabo del cual procederá una decisión de inconstitucionalidad (exequibilidad) condicionada a la expulsión del extremo inconstitucional de la disposición demandada, del ordenamiento jurídico.[211]

Con este planteo, la modalidad tiene a la Constitución como guía, evitando que sus disposiciones sean aplicadas con aires de renovación o cambio axiológico, en el sentido de darles una adecuación a los tiempos actuales. El temperamento es claro, aunque cuestionable: la Constitución vale por sus términos, pensados para regular de una vez y para siempre. No puede, en consecuencia, el intérprete cambiar ese destino.

> Da Silva opina lo contrario, para él es obvio que esto no retira el objeto de estudio del campo del derecho constitucional por dos motivos principales: *a)* Aunque la interpretación conforme a la Constitución sea una interpretación de la ley, el parámetro es la Constitución; *b)* al definir a la Constitución como parámetro para saber cómo debe interpretarse la ley, no se puede evitar de interpretar, aunque sea en forma mínima, a la propia Constitución. Por eso reitera que, en la interpretación conforme a la Constitución, el objetivo principal no es interpretar a la propia Constitución sino a las leyes infraconstitucionales, razón por la cual no puede considerarse como un principio de interpretación constitucional.[212]

---

[211] Sentencia C 878/2011 (Colombia).

[212] Da Silva, *La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial*, cit., p. 7.

2.4. Otros, en cambio, prefieren distinguir la interpretación de la Constitución, limitada al propio texto constitucional, de la interpretación constitucional, que alcanza a los principios y valores constitucionales y su aplicación a todo el ordenamiento.

Con este modelo la tarea de adecuación tiene mayores permisos para la compatibilidad. Hay una conexión basada en la unidad del ordenamiento legal y constitucional que interactúa en forma constante, y que no se puede soslayar sin el riesgo de caer en estándares formalizados posiblemente injustos.

Cuando se admite que la voluntad objetiva del constituyente sea permeable, se tiene que cuidar que la actualización del programa constitucional no produzca rupturas, o lleve a mutaciones constitucionales silenciosas con revisiones apócrifas.[213]

2.5. También la "interpretación conforme" encuentra un terreno más propicio para la creación o desarrollo progresivo de derechos fundamentales de tono constitucional o presente en cartas y documentos internacionales.

Es el espacio que ocupan ciertos principios y valores básicos de los derechos humanos, como la dimensión de las libertades que, como tales, son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los "reconoce y asegura".

El deber de adecuación aquí funciona con el parámetro de afianzar la justicia y promover el bien común, sin que se establezcan otros límites que no provengan de la razonable ponderación de las circunstancias donde se aplican.

Sostiene Linares Quintana que [...]

> En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma consti-

[213] Jinesta, Ernesto, "La interpretación de los derechos y libertades", *Revista de la UNED-Derecho*, Madrid, 2007, pp. 35 y ss.

> tucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado.[214]

2.6. En suma, la interpretación conforme es una pauta de trabajo que puede constituir un imperativo de la función o un deber del oficio, cuando no, estar señalado como uno más de los elementos que se deben considerar al tiempo de solucionar un conflicto constitucional.

Para la teoría de la sentencia constitucional es importante desde que obliga a atrapar en la obligación de motivar, los tres elementos fundamentales, que integran una norma fundamental, cuáles son: *a)* la ideología que impregna la Constitución, que conforma principios y valores del respectivo régimen constitucional; *b)* la organización del Estado y sus poderes; y *c)* un determinado orden económico y social en que se basa el orden mismo de la comunidad (familia, propiedad, economía, grupos intermedios, etc.) mediante los cuales tales instituciones desenvuelven su vida propia.

> En la interpretación conforme tales principios se nos presentan como verdaderos valores normativos que inspiran el conjunto del ordenamiento jurídico, aun cuando no se encuentren exteriorizados conforme al modo de ser habitual de las normas […]. La doctrina ha positivizado los valores y principios, es decir, su inclusión en preceptos que, adicionalmente, gozan de eficacia directa, y que no permite, en primer lugar, eludir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa. La jurisprudencia constitucional utiliza indistintamente

[214] Cfr. Alcalde Rodríguez, Enrique, "Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, Santiago, 2008, pp. 463-484.

> los términos "principios" y "valores" identificándolos, en el fondo, con la estructura normativa de los "conceptos jurídicos indeterminados", los valores no son idénticos a los principios ni en su estructura ni en su función. Los valores, enumeran cláusulas generales o finalidades, mientras que las reglas contienen disposiciones específicas y, tanto unos como otras están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta, pudiendo, por ende, apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios, en cambio, se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa; consisten, pues, en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional, aunque pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática.[215]

3. La interpretación constitucional

3.1. El método de interpretación constitucional que se utilice no tiene reglas ni prevalentes; puede seguir el tribunal criterios normativos que reconoce a la propia Constitución como fuente donde abrevar; o discernir sobre el método tradicional exegético que prioriza la voluntad del constituyente o legislador.

También se permite recurrir a la Constitución como realidad viviente, y con esta perspectiva deducir las circunstancias donde se deba aplicar, dejando de lado el texto escrito para hacer interpretación propiamente dicha.

La técnica del pensamiento problemático es otra alternativa. Se trata de un sistema de interpretación y discusión jurídica basado en la formulación de problemas o puntos de vista, que permiten solucionar los conflictos constitucionales y articular la argumentación.

En el *common law* la interpretación es casuista. La jurisprudencia se crea por casos y el precedente vincula las decisiones posteriores. La Constitución aplicada se basa en el

[215] Alcalde Rodríguez, *Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile*, cit., p. 477.

stare decisis fluctuando con la dinámica que tenga el tiempo cuando se colige y resuelve el caso. De acuerdo con esta teoría el contenido exacto de la norma, solo se conoce al momento de resolver el caso, es decir a través de la interpretación.

3.2. Los sistemas de interpretación aceptan al menos cuatro (4) métodos: *a)* gramatical; *b)* lógico; *c)* histórico y *d)* sistémico. En este último conjugarían todos agrupando la tarea de inteligencia que se deba dar a una norma.

Cada uno tiene individualidad pero no excluye a otro, encontrándose un método axiológico integrador que tiene en cuenta el orden o sistema de valores subyacentes al texto constitucional.

> En la interpretación de los enunciados constitucionales parece plausible asumir un concepto amplio o extensivo de interpretación que en concreto supone que la actividad interpretativa tiene lugar en toda aplicación del Derecho. Y por lo que se refiere a la concepción, en lugar de una concepción cognitiva, escéptica (en estricto) o intermedia, ha de optarse por una "concepción escéptica moderada" de interpretación, denominada concepción alternativa que en concreto supone que el acto interpretar es un acto simultáneo de conocimiento y de voluntad (el juez tiene discrecionalidad relativa en todos los casos). Ahora bien, la operación interpretativa de la Constitución requiere de una metodología que permita determinar el sentido o significado de los enunciados constitucionales. Existe en la teoría de la interpretación jurídica cuatro métodos clásicos formulados por Savigny: El literal o gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático. Por lo general, el uso de un método interpretativo concreto puede condicionar la determinación del significado de un enunciado normativo. Dicho de otro modo, según el método interpretativo que se utilice se puede llegar a significaciones diferentes respecto de un mismo texto normativo. La cuestión central entonces reside en establecer si los métodos clásicos o tradicionales de la interpretación jurídica sirven para realizar la tarea interpretativa de la Constitución, o, sí por el contrario, se requiere de otros métodos. Es verdad que, cuando Savigny formu-

> ló sus métodos interpretativos no lo hizo pensando en la interpretación de la Constitución; de ahí que, para un sector de la doctrina no serían ni siquiera "métodos", sino sólo criterios o puntos de vista auxiliares.[216]

3.3. En suma, los métodos son orientaciones y el resultado de la interpretación es el producto de cierta discrecionalidad condicionada a las libertades del órgano. Los tipos de tribunales constitucionales, así como la impronta política que los conforma, son contingentes que no pueden quedar desprendidas del análisis.

Recuérdese que entre las opciones de lectura está la concepción alternativa de interpretación, que si bien no logra encontrar un significado unívoco de cuanto significa, deja en claro que presupone, al menos, un contenido mínimo.

En este sentido, se puede afirmar que [...]

> Por graves que fuesen las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de las disposiciones constitucionales, la atribución de ese significado no es una labor en la que el juez pueda moverse con absoluta libertad; pues, los enunciados constitucionales no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura a cualquier decisión o, de los que se puedan extraer un número infinito de significados, sino que, sólo serán admisibles aquellos contenidos que sean congruentes con el sentido literal y sistemático del precepto jurídico. La idea de sistema no permite que en su desarrollo se dicten cualquier contenido normativo, sino sólo aquellos que se encuentren dentro de él.[217]

4. El recurso de interpretación

4.1. Sentencia interpretativa típica es la que resuelve sobre la constitucionalidad de una ley, precepto o acto particular. Se desenvuelve en un marco de lecturas posibles y proyecta los resultados y efectos previstos.

---

[216] Quispe Astoquilca, Carlos Luis, *La interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, n° 13, 2011.

[217] *Idem*.

Para Espinosa Saldaña […]

> En las sentencias interpretativas propiamente dichas, lo que se interpreta inconstitucional es aquella interpretación reputada errónea o indebida de una norma en particular (o al menos, de alguno de sus preceptos), equivocación mediante la cual se le ha dado un contenido y un significado distinto a aquellos que en puridad le corresponden. Las sentencias interpretativas-manipulativas implicarán en cambio que el juzgador o juzgadora competentes encuentran y determinan un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, subdividiéndose por ello a su vez en sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas.[218]

Las sentencias interpretativas propiamente dichas —explica García Tomá— 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 […].[219]

4.2 La incertidumbre que generan estas sentencias interpretativas surge porque ponen en duda la inteligencia del legislador y la seguridad jurídica que las leyes persiguen concretar. La lectura asimétrica del tribunal colisiona con el principio de división de poderes, lo cual tiene lógica en un sistema dividido claramente en la funciones, pero no lo es tanto cuando se comprende la función de las Cortes Constitucionales como órganos de cierre de la interpretación constitucional.

La obligatoriedad y eficacia vinculante suma argumentos para la utilidad de un esquema como el señalado, más

[218] Espinosa-Saldaña, Eloy, "Sentencias interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, n° 2, Talca, 2006, p. 210.

[219] García Tomá, Víctor, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f, p. 10.

allá de las controversias encontradas que, en cierto modo, vuelven a la famosa polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt.

4.3 Finalmente, los órganos jurisdiccionales que conocen de lo constitucional, pueden dictar sentencias declarativas de certeza (meramente declarativas).

Los procesos constitucionales tienen esa finalidad y la sentencia que se pretende puede sumar aspectos condenatorios o constitutivos.

Tal situación que no es exclusiva de todas las acciones constitucionales, se constata también en algunos amparos, y ello no requiere de un interés personal específico para incoarla, ni de la afirmación por parte del accionante, de la titularidad sobre un derecho subjetivo material, bastando que afirme que la ley le reconoce el derecho a suscitar la actividad jurisdiccional.

Por ello suele plantearse si, dentro de esta especial estructura que representa la jurisdicción constitucional, ¿es posible que una persona solicite del Tribunal competente para ello la interpretación de la Constitución?

> Para determinar tal situación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela decidió analizar si hay acción en ese sentido, ya que la misma no está prevista en el ordenamiento jurídico, pero tampoco prohibida. Lo que la Constitución contempla es una acción para que se interprete la ley, acción que el numeral 6 del artículo 266 de la vigente Constitución Bolivariana llama recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley, lo que podría ser interpretado en el sentido que el "recurso" se refiere a lo legal y no a lo constitucional. Para realizar tal determinación, la Sala observa que el artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción. Con el ejercicio de la acción, las personas tratan de hacer valer sus derechos o intereses. Se trata de derechos subjetivos e intereses jurídicos, requiriendo el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, norma que rige el proceso en general, que dichos intereses sean actuales.

> Todo derecho subjetivo que se hace valer mediante la acción involucra un interés jurídico, pero puede existir interés jurídico que no corresponda a ningún derecho subjetivo actual, sino a necesidades eventuales, a precaver situaciones, y ello da origen a demandas especiales. Se trata de defender hacia el futuro situaciones jurídicas, sin solicitud de declaración de derechos a favor de quien ostenta el interés, el cual es también actual en el sentido que se hace necesaria de inmediato la actuación.
>
> Este interés jurídico, que es diferente al interés procesal, entendido éste como la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional, es el que fundamenta el llamado recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley (numeral 6 del artículo 266 del vigente Constitución). Se trata de un interés jurídico, que no persigue la obtención de un bien que constituye el núcleo del derecho subjetivo, sino otro tipo de bien, en este caso el que se fije el contenido o alcance de un texto legal, lo cual, como interés, coincide con el que tiene alguien, de que no se ejecute en su contra un fallo que nace en un proceso donde originalmente no es parte, y donde la decisión que se dicte no declara la existencia de un derecho a su favor, sino de otro, viéndose favorecido por tal declaratoria.[220]

El recurso de interpretación se sostiene en el interés legítimo a obtener certeza sobre el sentido y alcance de una disposición constitucional. El interés jurídico, como afectación o menoscabo de una situación jurídica propia, a veces coincide con la que afecta a todos los ciudadanos, y cuando se trata de la defensa del interés general (interés público, interés social, interés del menor, etc.), que se considera menoscabado o lesionado, tratándose de la búsqueda de un provecho general, existe en cabeza de quien solicita la conveniencia colectiva. El interés constitucional (como interés legitimador) es de esta categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad.

[220] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 10/04/2000, magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Cuando se interpreta el contenido y alcance de un texto legal, el juzgador no declara derecho alguno a favor del actor, sino que, si declara con lugar la demanda, interpreta el derecho. En este último caso debe existir un interés jurídico del actor de obtener la mera declaración, no en el sentido tradicional para oponérsela a alguien (demandado), sino en el sentido que el contenido y alcance del derecho existente sea precisado, lo que es una forma de actualizar las normas constitucionales, si esa fuera la interpretación solicitada.

Luego, quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda *mere* declarativa, que la ley venezolana no ha regulado en plenitud, y que se funda en un interés jurídico del accionante.[221]

> La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva.
>
> No existe un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico de un accionar específico para la interpretación constitucional, mas sí para la interpretación legal en los casos determinados por la ley, y por ello partiendo de la premisa de que el interés jurídico para incoarla sería de igual naturaleza que el requerido para intentar la acción de interpretación legal, debe concluirse que quien tenga interés procesal para incoar una, puede interponer la otra. En consecuencia se está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales.

[221] *Idem*.

CAPÍTULO IX
LAS SENTENCIAS NORMATIVAS

1. Definiciones

1.1. La sentencia normativa es un modelo de los pronunciamientos estimatorios, donde se aprovecha la decisión para establecer con el derecho judicial, mandatos de cumplimiento obligatorio. Son atributos o agregados a la declaración realizada en primer término, que puede ser de inconstitucionalidad o suplencia del vacío normativo

Sin embargo, la modulación de la sentencia admite clasificar lo dispuesto en orden al tipo de decisión: se puede interpretar y darle a la disposición un acatamiento obligatorio inmediato, o diferirlo con condiciones. Puede requerir integraciones o disponerlas adiciones a la ley. También, se valen de la interpretación para reducir el alcance de una disposición, o volver con vigencia a la norma o acto declarado inconstitucional. Cada una es una sentencia diferente pero con la particularidad de tener, todas, un contenido normativo.

> Hernández Valle dice que hay dos tipos de sentencias normativas. Las *aditivas* que son las que se dictan en los procesos de inconstitucionalidad por omisión. En estas se trata de una sentencia que declara antes que la inconstitucionalidad del texto de la norma o disposición general impugnada, aquello que tales textos o normas no dicen y debieran decir. Y las sentencias estimatorias *sustitutivas* que se caracterizan por innovar el ordenamiento jurídico preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia *erga omnes,* que a su vez pueden ser de dos clases;

> las que introducen nuevas normas, propiamente dichas, y las que ponen nuevamente en vigencia normas derogadas por las declaradas inconstitucionales.[222]

Precisamente ese comprendido es el que fustiga la eficacia del modelo de sentencias, en la medida que cuando se disponen con efecto *erga omnes*, tienen un valor igual al de una ley general, convirtiendo al juez constitucional en un legislador indirecto.

1.2. La discusión se torna baladí en el escenario jurídico, pese a que sus bemoles se escuchen más en el campo de la política o de la independencia entre poderes.

En realidad, la discusión es inútil cuando se constata que todo conflicto normativo que deba ser resuelto por agentes jurisdiccionales (jueces o tribunales) termina referenciando a la sentencia como estrictamente normativa, donde el resultado del pleito es solo complementario.

La sentencia es normativa por esencia y contenido; y la actuación del juez constitucional es propia de la función que debe cumplir.

Bien ha dicho la Corte Constitucional de Colombia que […]

> La unidad normativa procede cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado.[223]

1.3. Quizás donde anide la inseguridad radique en saber si el juez o tribunal constitucional está en condiciones de separar las etapas de la construcción jurídica de la sen-

---

[222] Hernández Valle, Rubén, *La problemática de las sentencias normativas*, Estudios Constitucionales, año 2, vol. 2, núm. 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, p. 343.

[223] Sentencia C 491/12.

tencia para dejar alojado solamente en la decisión el efecto normativo.

Hemos visto hasta ahora, que la formación intelectual difiere del pronunciamiento en sí mismo, al punto que se diferencia entre lo obligatorio del fallo respecto de aquello que es precedente y de seguimiento forzado en lo sucesivo.

Por tanto, lo que se debe esclarecer es si la interpretación tiene fundamentos normativos; si la argumentación los persuade y, en su caso, si la decisión se justifica. Tanto como, en un caso se debe distanciar la aplicación, de la exégesis y la creación del derecho.

2. Conflictos de interpretación

2.1. El ensamble de una sentencia, como cualquier arquitectura o proceso formativo, articula las etapas con tal conexidad que dificulta considerar a cada uno de los elementos como autónomos. Es verdad que la interpretación no se confunde con la argumentación, como que estos se aíslan del fallo, propiamente dicho. Pero una sentencia constitucional que culmina con efectos normativos, no puede explicarse sin tener en cuenta cada paso dado.

Del mismo modo, aunque se haya diferenciado la interpretación del derecho de su aplicación en el caso concreto, no es fácil desconectar las etapas. La interpretación en el derecho, cuando es llevada a cabo por determinados operadores jurídicos, posee una función normativa y no meramente *recognoscitiva*.[224]

Comprendido el problema se podrá comprobar que la dificultad teórica de las sentencias normativas radica en que, al tratarse de una creativa,[225] se debe explicar la causa

[224] Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción de J.L. de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 96 y ss.

[225] Vid. por ejemplo J. Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., p. 330; G. Lumia, "In tema di interpretazione e di applicazione del Diritto", cit., p. 309; E. Betti, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., pp. 98 y 136 y ss; L. Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México 1980, p. 189; J. Wroblewsky, *Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid 1985, pp. 81 y ss. I. de Otto, *Estudios sobre el Poder judicial*, cit., p. 74; E.

por las cuales una sentencia constitucional es creadora de derechos.[226]

Dice Asis Roig que [...]

> La interpretación jurídica posee algunas relevancias específicas que condicionan su valor.[227] Entre ellas, destacaremos las que se refieren al lenguaje jurídico, a su carácter, al marco en el que esta debe desenvolverse y a su aspecto valorativo. El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado sino que además, se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos que requieren en muchos casos de interpretación. Desde esta dimensión, en la interpretación jurídica pueden plantearse de forma general tres tipos de problemas: sintácticos, lógicos y semánticos. Los problemas *sintácticos* se refieren a la conexión de las palabras en la estructura del enunciado normativo. Los problemas *lógicos*, se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un mismo contexto. Entre estos problemas destacan la existencia de inconsistencias o antinomias, redundancias y presuposiciones. Por último, los problemas *semánticos* derivan del significado de las palabras o de los enunciados. En general, estos problemas se reconducen al de la contradicción entre normas, es decir, al de la existencia de las denominadas antinomias jurídicas.
>
> Ross distinguió entre antinomias propias e impropias. Las primeras son aquellas en las que entre dos normas se produce una contradicción en su carácter y, por tanto, son antinomias en sentido jurídico estricto. Las

---

García de Enterría, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", cit., pp. 36 y ss.

[226] Así por ejemplo, Federico de Castro escribió: "Es cierto que el juez al aplicar cada ley ha de entenderla, concretando su sentido, en vista también de cada caso. Más su actuación entonces no es distinta a la propia de su función de intérprete. Cualquier intérprete (músio, traductor, pintor de un retrato, arquitecto), habrá de crear algo nuevo, lo interpretado, más habrá de hacerlo conforme a la pauta, al modelo, al plano dado". "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley", en *Anuario de Derecho civil*, núm. 1, vol. XXX, 1977, pp. 815 y 816, n. 16.

[227] Junto a ellas hay otras que condicionan cualquier interpretación. Así por ejemplo, hay que ser conscientes de que toda interpretación está condicionada por los elementos cognoscitivos que se posean en torno a la realidad interpretada así como por el interés que subyace a la misma.

> segundas, por su parte, se producen entre normas que presentan algún tipo de contradicción pero no necesariamente en lo referente a su carácter. Dentro de las antinomias propias cabe a su vez hablar de antinomias de primer grado, que son total-total, parcial-parcial y total-parcial, y de antinomias de segundo grado, que son las que se producen entre los distintos criterios de solución de las antinomias de primer grado. En efecto, básicamente estos problemas deben ser solucionados a través de la utilización de las reglas del lenguaje natural. Sin embargo, al ser el objeto de interpretación el lenguaje jurídico, en la solución de estos problemas se debe operar también atendiendo a otros criterios.[228]

2.2. Una proyección del dilema abierto surge con las propias salvedades que se crean con el principio de reserva legal, que supone establecer límites al poder reformador. El principio, en algunas legislaciones, actúa como garantía para la división de poderes, impidiendo que se revoque el imperio de la ley cuando la derogatoria no sucede por los carriles normales de la sanción y promulgación legislativa.

Los alcances del principio de reserva legal se deben comprender con la ponderación que se aplique a cada derecho en pugna, teniendo en cuenta que el régimen de los derechos y libertades fundamentales, es materia de reserva legal.

Por ejemplo, la Sala IV Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica sostiene que […]

> El principio de reserva legal no sólo garantiza la libertad frente al resto de los ciudadanos, sino que constituye una garantía de control frente al poder público, que en el caso de la experimentación clínica con seres humanos, exige que su regulación, autorización, limitación y control, provenga de la cámara legislativa, que es a quien le corresponde proteger o intervenir los derechos fundamentales del ciudadano.[229]

---

[228] De Asís Roig, Rafael, *Jueces y Normas,* Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 245.

[229] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del dos mil diez.

2.3. La reserva de ley se destina para algunas materias de especial importancia para el Estado de Derecho. No son todas, sino aquellas que se deben preservar para la deliberación democrática, evitando que por vías indirectas (donde puede estar la judicialización de la norma) se inaplique o provoque una reglamentación indirecta, no pensada ni prevista por la Constitución.

La garantía, en opinión de otros, solo va dirigida a la Administración. Según el Tribunal Constitucional español [...]

> El principio de reserva de ley entraña una garantía esencial del Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador.[230]

Recordemos que esta fue la famosa discusión en el caso "*Cullen vs. Llerena*" resuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de septiembre de 1893, cuando afirmó que [...]:

> La intervención nacional en las provincias, en los casos en que la Constitución lo permite o prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación y, por ende, sus decisiones al respecto no pueden ser controvertidas por el departamento judicial.
>
> Cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere

[230] STC 83/84.

respectivamente, razón por la cual no compete a la Suprema Corte examinar -con relación, en el caso, a la pretendida inconstitucionalidad de una ley de intervención federal- la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso han dado al artículo sesenta y uno de la Constitución.

Las cuestiones políticas son sólo cuestiones de soberanía y, si bien la Constitución no ha dado al poder judicial la facultad de dirimir conflictos entre el Gobierno Nacional y los gobiernos de Provincia, tampoco puede pretenderse que la Constitución ha impuesto a éstas el deber de acatar, sin recurso, las medidas políticas del Gobierno Federal que sean contrarias a la Constitución.(Disidencia del Dr. Varela).

Las funciones políticas privativas de los departamentos políticos del Estado no son susceptibles de un juicio ante los tribunales, cuando el ejercicio de esas funciones no ha puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma; pero cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surge un caso judicial, que puede ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada. (Disidencia del Dr. Varela).

Si se pretende la invalidez constitucional de una ley de intervención federal por inexistente, por no haber sido sancionada con los requisitos constitucionales, la Corte no puede rechazar de plano la acción fundada en que se trata de una cuestión política, pues resolver si tal acto tienen o no el carácter de ley es una atribución eminentemente judicial y no política y, por tanto, ella corresponde a los tribunales federales.(disidencia del Dr. Varela).

3. La fuerza normativa de la Constitución

3.1 Razonar la sentencia como ley es producto de inconsistencias, porque no todos los órdenes legales han hecho esta asimilación. Francia, por ejemplo, acepta que el derecho sea tomado como norma legal; pero en el sistema americano, y concretamente en Estados Unidos de América, el resultado es otro, porque son los jueces quienes desde el control de constitucionalidad crean el derecho y recrean la vigencia normativa cuando fiscalizan el principio de legalidad.

Cuando aparece la teoría de la fuerza normativa de la Constitución, todo el conjunto de derechos, deberes y garantías convierte a la Norma Fundamental en Ley Suprema, directamente operativa.

Inclusive Kelsen toma la idea y la aplica en su obra constituyente, con la diferencia que la eficacia jurídica de ella no vincula a todos los poderes, sino exclusivamente al legislador y solo indirectamente al resto de poderes. Kelsen consideraba que las disposiciones constitucionales referentes al contenido de las leyes y al procedimiento legislativo debían tener un desarrollo legislativo para ser aplicables.[231]

3.2. La referencia a un valor normativo propio asemejaría la sentencia de tal carácter con el principio de interpretación conforme, reforzando así la idea de eficacia directa o de irradiación al sistema de fuentes.

Las características más evidentes exponen cierta simetría entre la Constitución como norma, respecto de la ley eficaz y vinculante. Deja la Ley Suprema de ser un catálogo de promesas, para quedar consagrada como cuerpo normativo autónomo, obligatorio y con sanciones directas e inevitables cuando sus predicados no se cumplen ejecutan.

La sentencia constitucional que ponga en claro (en forma declarativa o constitutiva) el conflicto de inaplicación, antes que disponer normativamente, será un pronunciamiento de certidumbre. La práctica lleva a reconocer a la jurisdicción constitucional como puente para la eficacia sin necesidad de recurrir a la actividad legislativa. La constitución puede ser aplicada como fuente para determinar la correspondiente omisión y activar los mecanismos de control asociados.[232]

3.3. El influente sobre el sistema gravita (irradia) en el ordenamiento jurídico en general. Ha señalado al respecto el Tribunal Constitucional Chileno que […]:

---

[231] Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, en "Escritos sobre la democracia y el socialismo", Debate, Madrid 1988, p. 130.

[232] Aldunate Lizana, Eduardo, *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009), ps. 443 – 484.

> Lo explicado resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella. En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema: "apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones "inter privatos") de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla —ni por acción ni por omisión—.[233]

Este efecto de irradiación lo comenta la doctrina, afirmando que […] "se proyecta en particular al sistema de fuentes que regula las relaciones entre particulares. A la idea de aplicación directa de la Constitución (el modo de su normatividad, si se quiere) se agrega la afirmación de que ella obliga a todos, tanto órganos públicos como a particulares (en la extensión de su normatividad), dando lugar a la recepción del denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales. Esta afirmación de vigencia directa de la Constitución usualmente no va acompañada de una reflexión sobre la posible distinción que puede tener la idea de aplicación directa de la Constitución en uno u otro caso, desde el punto de vista de las sanciones aplicables (en un caso, en el ámbito de la juridicidad, en el otro, en el ámbito de la libertad) y desde el de las fuentes del derecho".[234]

3.4. Ahora bien, reconocida la fuerza normativa de la Norma Básica del Estado, también debe admitirse que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estruc-

[233] Sentencia en causa rol Nº 976-07, considerando 35º donde se cita a Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 88-89.

[234] Aldunate Lizana, Eduardo, *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, *op. cit*., pp. 443-484.

tura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo —subsunción del hecho— consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.

Tales principios —enunciados por el Tribunal Constitucional peruano— son:

a) *El principio de unidad de la Constitución*: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) *El principio de concordancia práctica*: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

c) *El principio de corrección funcional*: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) *El principio de función integradora*: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.[235]

4. Modelos de sentencias normativas

4.1. En *Colombia* la sentencia C 70/96 consideró el acuse de ilegalidad de la disposición legislativa que adopta el valor monetario de la cosa objeto del delito como criterio para la dosificación de la pena. La pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana distorsiona el factor objetivo que justifica el tratamiento punitivo diverso según la gravedad o lesividad de la conducta. Esta circunstancia conduce a agravar por igual la pena para los delitos leves y para los delitos más graves, haciendo excesiva la penalización de los primeros y violando los principios constitucionales de la equidad, la igualdad y el orden justo.

El Ministerio de Justicia y del Derecho percibe en el principio de legalidad un límite infranqueable para el juez y una garantía de libertad para la persona. La regulación de las penas corresponde al legislador, dentro de los límites de la Carta. En su concepto, resulta razonable la decisión legislativa de imponer una mayor pena para los delitos que exceden una cierta cuantía, debido a que los últimos ocasionan un perjuicio de mayor envergadura o un grado de lesión importante para el sujeto pasivo.

Para la Fiscalía, si la cuantía de la cosa deja de ser representativa del daño individual, la finalidad de la agrava-

[235] Tribunal Constitucional del Perú, caso "*Pedro Andrés Lizana Puelles*", 8/11/2005.

ción punitiva pierde sentido. El principio de lesividad justifica el trato diferenciado en materia punitiva. Si no existe objetivamente una mayor lesión al patrimonio económico, carece de fundamento jurídico imponer una misma sanción por la comisión de un delito sobre bienes de pequeña entidad que sobre bienes que representan una lesión más grave al bien jurídico tutelado. Aun cuando se admite que la norma viola los principios de igualdad y equidad, es el legislador y no el juez constitucional quien está llamado a rectificar esta situación.

El mismo razonamiento de la Fiscalía lleva al Ministerio Público a solicitar la declaratoria de inexequibilidad (que equivale a pedir que la medida deje de aplicar sus efectos) de la norma demandada. El principio de lesividad o de antijuridicidad material se deduce de las normas constitucionales. Entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad. La gravedad de la pena depende de la gravedad o levedad de la infracción. La igualación de las conductas de poca significación social con aquellas de mayor gravedad, viola el principio de igualdad. De no ser posible para el juez constitucional la determinación de un parámetro objetivo de actualización de la cuantía, que deje a salvo los derechos fundamentales del procesado, la norma acusada debe excluirse del ordenamiento jurídico.

4.2. El problema fundamental que debe abordar la Corte en esta oportunidad tiene que ver con la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana y sus efectos en el derecho penal sancionatorio, específicamente en relación con la compatibilidad de la adopción del valor monetario en pesos colombianos como circunstancia de agravación de la pena para los delitos contra el patrimonio económico, y el principio de proporcionalidad entre el daño real o potencial generado por la conducta típica y la intensidad de la pena a imponer por la comisión de dicha conducta.

Podría pensarse que la demanda pretende la declaratoria de inconstitucionalidad de los efectos que en el derecho tiene el fenómeno económico de la pérdida del poder ad-

quisitivo de la moneda nacional, hecho extrajurídico ajeno a la norma acusada, o de la decisión legislativa de adoptar el valor 'pesos' como criterio diferenciador del daño para regular la punibilidad. Ambas situaciones, la causa material de la desigualdad de trato punitivo (inflación o devaluación) o la responsabilidad por el error de técnica legislativa (al elegir la medida del peso colombiano), constituyen argumentos irrelevantes en un juicio constitucional cuyo objeto es evaluar la conformidad de la norma acusada con los preceptos de la Constitución.

Sin embargo, la inconformidad de los demandantes se relaciona también con los efectos concretos y actuales de la aplicación de la norma, sobre los derechos fundamentales de los infractores de la ley penal. La aplicación de la norma, en las actuales circunstancias, a su juicio, conduce necesariamente a imponer una pena excesiva, injusta, inequitativa y desproporcionada, en relación con la ofensa cometida.

En consecuencia, la Corte debe determinar si la norma acusada, teniendo en cuenta la realidad económica colombiana, viola la Carta Política o, por el contrario, puede ser interpretada de conformidad con los preceptos constitucionales. De ser posible al menos una interpretación de la norma que permita adecuarla a la Constitución, no habría lugar a declarar su inexequibilidad.

4.3. La Corte Constitucional ya reconoció la competencia del legislador para establecer, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, regímenes estructurados a partir de criterios diferenciales en el tratamiento penal de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos, basados por ejemplo, en la existencia objetiva de distintas categorías delictivas que presentan variaciones importantes en cuanto a la gravedad que comporta su comisión, en la trascendencia de los bienes jurídicos que se buscan proteger mediante su incriminación y en otros criterios de política criminal.[236]

[236] Sentencia C 565/93.

Ahora bien, en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

4.4. Por ello culmina razonando que, el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción en favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexequibilidad de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución.

Sin embargo, las penas para los delitos contra el patrimonio económico deben aumentarse de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos en términos de valor adquisitivo del año 1981, equivalentes a 18.83 salarios mínimos legales mensuales.

4.5. Otro supuesto de regulación normativa con la sentencia se dio en Argentina con el caso *Beatriz Mendoza*.

La señora Beatriz Silvia Mendoza y otros actores interpusieron demanda ante la Corte Suprema contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y contra 44 empresas. Contra las autoridades, por las facultades de regulación y control, por tener el dominio originario sobre los recursos naturales, por su jurisdicción sobre las formaciones insulares aledañas a sus costas y por no haber cumplido con las disposiciones ambientales vigentes; contra las empresas aledañas, por volcar al río residuos peligrosos, por no construir plantas de tratamiento, por no adoptar nueva tecnología y porque con, su actividad industrial, contaminaron la cuenca de río Matanza-Riachuelo. Por lo anterior, para resarcir daños y perjuicios reclamaron una indemnización en dinero.

La Corte Suprema resolvió solicitar de las empresas, entre otros requerimientos, producir, a través de sus compañías de seguros, un fondo de restauración ambiental que posibilitara la instrumentación de acciones de reparación. Asimismo, requirió a las autoridades para que presentaran un plan integral para que los distintos niveles de gobierno incorporaran en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental; entre otros puntos. Es importante, señalar que se requirió el establecimiento de un programa de educación ambiental, con el fin de generar en los ciudadanos valores, comportamientos y actitudes que fueran acordes con un ambiente equilibrado y que promuevan la preservación de los recursos naturales y su utilización para el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

4.6. La Corte Suprema consideró que la causa tendría como objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, la prioridad absoluta es la prevención del daño futuro; ya que en el presente se trata de actos continuados, que seguirán produciendo contaminación. Además, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos previstos por la ley; para el supuesto de daños irreversibles, se tratará el resarcimiento. La tutela del ambiente importa para el cumpli-

miento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera, para ellos y para las futuras generaciones. El tribunal consideró que el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, ya que es un bien que pertenece a la esfera social.[237]

[237] Este resumen ha sido elaborado por la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO X

SENTENCIAS ADITIVAS, REDUCTIVAS Y SUSTITUTIVAS

1. Tipos y definiciones

1.1. El diseño de las sentencias interpretativas es variado y admite modalizar el contenido dando cuenta de la versatilidad de los pronunciamientos constitucionales.

Efectivamente sucede como dice Díaz Revorio, al sostener que aquellas [...]

> representan únicamente la punta o parte descubierta de un iceberg conceptual mucho más profundo y voluminoso, referido al papel que el Tribunal Constitucional cumple en la práctica desbordando el marco teórico Kelseniano en que aún, y como justificación doctrinal se sigue encuadrando, al menos académicamente, la jurisdicción constitucional.[238]

Las posibilidades de asignar un curso especial a la sentencia, diferente al modo tradicional de zanjar la decisión dando razón a una u otra parte, es propio de la teoría de la decisión donde se pueden esperar modalidades.

En este capítulo la sentencia puede ser estimatoria o desestimatoria, y en ambos supuestos la interpretación practicada admite convertir el pronunciamiento en tipos particulares, entre los que encontramos las sentencias aditivas, reductivas y sustitutivas.

1.2. Las *aditivas* son sentencias que dejan vigente la disposición cuestionada pero haciendo agregados o situando

[238] Díaz Revorio, Francisco Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional.* Palestra, Lima, 2003, p. 20.

aclaraciones que se adicionan al texto. En los hechos son sentencias de inconstitucionalidad no declarada con añadidos que modifican el enunciado normativo. También suelen presentarse como *sentencias integradoras*.

En estos casos, el tribunal constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución.[239]

1.3. Las sentencias *reductivas* realizan una intervención sobre la norma o acto impugnado, que se dirige a eliminar alguna frase, o acotar el enunciado, o directamente suprimir el ordinal, ofreciendo una interpretación acorde con la inteligencia resultante del proceso dispuesto.

Los agregados que se separan son *prima facie* inconstitucionales o inaplicables, conforme sea el caso donde se estudia.

1.4. Por fin, las sentencias *sustitutivas* son las que remplazan un texto por otro. La posibilidad de este capricho de la decisión se basa, exclusivamente, en la interpretación constitucional y conforma un modelo de sentencia normativa.

2. La sentencia aditiva o integradora

2.1. En este modelo de sentencias, la tarea de interpretación se ocupa de distinguir lo procedente de lo suficiente. La norma no se encuentra ilegítima en sus contenidos ni inconstitucionales son sus efectos. Sin embargo, es exigua para ocupar todo el régimen previsto.

Lo nimio faculta al juez o tribunal a expedir la *norma integradora*, por cuanto mantenerla en ese estado, provoca más incertidumbres que aciertos manteniendo incluso vigente su contrariedad con la Constitución.

La actuación suscita un ajuste aditivo, proporciona una disposición nueva que expresa un significado coherente, de acuerdo con los designios de la Constitución.

---

[239] Olano García, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales,* cit., p. 578.

2.2. La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que [...]

> Las sentencias integradoras son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.[240]

El criterio es similar al del Tribunal Constitucional del Perú, quienes se ocupan de los silencios constitucionales y la necesidad de su integración.

Se ha dicho que [...]

> Allí donde las normas reglas previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las normas principio contenidas en la propia Norma Fundamental [...]. El hecho de que el artículo 99 de la Constitución no precise cuál es el número para acusar constitucionalmente a los funcionarios públicos enumerados en la disposición, no implica que la regulación legal de la acusación constitucional pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad, expresamente previsto en el artículo 200º de la Constitución y proyectado hacia todo el ordenamiento jurídico.[241]

2.3. Del encuadre parece evidente que en la sentencia aditiva solo puede haber sumatoria de significados o incorporaciones al texto, pero no la anulación por legitimidad o la declaración parcial de inconstitucionalidad.

---

[240] Sentencia C 325/09.

[241] TC del Perú, 01/12/2003, cita de Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, 2004, pp. 113-158.

Sin embargo, puede ocurrir que tratando un derecho especial sucedan desigualdades o desconsideraciones discriminatorias, entre otros supuestos de intervención necesaria del tribunal constitucional.

Guastini toma como base la aplicación del principio constitucional de igualdad, uno de los campos donde más proliferan este tipo de sentencias, para explicar que hay dos posiciones sobre la posibilidad de anulación. Por ejemplo, si la seguridad social atribuye un derecho a una clase de sujetos S1 y no a otra clase S2, que se encuentra en idénticas condiciones, el tribunal suele declarar el precepto inconstitucional en la parte en la que no confiere los mismos derechos a los sujetos S2. La primera posición sostiene que no hubo anulación, porque —si así fuera, los sujetos S1 perderían el derecho subjetivo conferido a ellos, mientras que al contrario, lo conservan. En realidad, lo que la Corte hace es más bien agregar una nueva norma al ordenamiento: la norma que confiere el mismo derecho subjetivo también a los sujetos S2".[242]

Precisamente por ello son llamadas aditivas. La otra opción consiste en entender que sí se produce la anulación, pero no de la norma que confiere el derecho a los sujetos S1, sino de otra norma, no expresa, que niega el mismo derecho a los sujetos S2. —Se entiende que la anulación de una norma que niega cierto derecho produce el efecto de conferir el derecho en cuestión.[243]

2.4. En consecuencia, lo adicional que se agrega se puede presentar en dos modalidades: la primera como integración o cobertura de la laguna legislativa; y la segunda derivada de la inclusión en el texto de agregados de esclarecimiento que adicionan un significado útil y plenamente efectivo para conseguir la ejecución inmediata del derecho. Las categorías también pueden catalogarse como sentencias aditivas *de principios* o sentencias aditivas con *fallo genérico*.

---

[242] Guastini, Riccardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*, en Neoconstitucionalismo(s). Carbonell, Miguel (ed.), Trotta, Madrid, 2003, p. 65.

[243] Guastini, ob. cit., p. 66.

En Italia, fue Granata en 1996, por entonces presidente de la Corte Constitucional quien enfatizó que [...]

> Para remediar las graves omisiones/lagunas del legislador en el campo de los derechos fundamentales, sin invadir los poderes del Parlamento, se ha elaborado un tipo de sentencia de estimación denominada aditiva *de principio*. Con ella se declara la inconstitucionalidad de la omisión de un mecanismo idóneo para volver efectivos los derechos en cuestión, pero reservando al legislador el poder de concretar tal mecanismo en abstracto y habilitando mientras tanto a los jueces para crear la regla del caso concreto según el principio indicado por la Corte.[244]

En otras palabras, a semejanza de la sentencia aditiva clásica, la aditiva de principio también declara la disposición inconstitucional "por lo que no prevé", sin embargo no introduce nuevas normas, sino principios, a los que el legislador deberá dar desarrollo mediante disposiciones *erga omnes* y que, mientras tanto, pueden ser aplicados por los tribunales ordinarios.

La decisión aditiva de la Corte sustituye a la norma invalidada y pasa a valer en forma de principio, que servirá de referencia a jueces y tribunales en la resolución de los casos concretos hasta que el Parlamento desarrolle la nueva ley reguladora. Los principios indicados por el Tribunal servirán asimismo de parámetro para el control de constitucionalidad del nuevo precepto legal. Se trata, por tanto, de un instrumento de la Corte para matizar la unilateralidad de las sentencias manipulativas, que, como es sabido, modifican directamente la norma e imponen una sola interpretación de la ley.[245]

2.5. Estas son sentencias de consenso, en los que la Corte Constitucional genera fundamentos y motivos para que sea el legislador quien dé cobertura al vacío legal. Por su

---

[244] Granata, Renato (Presidente de la Corte Costituzionale), *La Giustizia Costituzionale nel 1996*, www.cortecostituzionale.it , Palazzo della Consulta, febbraio 1997.

[245] Brust, Leo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Salamanca, 2011, p. 123.

calidad, son una especie de combinación entre sentencias delegativas y aditivas. En ellas surge implícita una admonición al legislador por el retardo o la omisión incurrida.

El hecho de que la Corte autorice al juez común a que colme la omisión en caso de inercia del legislador, hace a Groppi afirmar que este tipo de sentencia contiene el "germen de la rebelión" frente a la inactividad del Parlamento.[246]

Con todo, esta posibilidad de actuación del juez puede ser considerada también un incentivo para llegar a denominadores comunes. Por ello, a pesar de la aparente contradicción, es posible afirmar que se trata innegablemente de un instrumento para fomentar el diálogo y la colaboración entre Corte, jueces ordinarios y legislador, con potencial de reflejarse concretamente en la distribución del protagonismo y de las responsabilidades en el control de constitucionalidad.[247]

2.6. Las sentencias aditivas con *dispositivo genérico,* no añade derechos ni los esclarece; solo agrega pautas para que el legislador intervenga. En el período intermedio hay una legislación jurisdiccional de emergencia que rige mientras no haya ley especial que resuelva el consejo de la Corte Constitucional.

Es un modelo clásico de cuanto se refiere como diálogo entre jurisdicciones, que también se conoce como *sentencia bilateral* porque buscan revalorizar el papel del legislador en la reparación de la inconstitucionalidad y prefieren el diálogo a la mera imposición, confirmando la idea de que las decisiones de la Corte se están volviendo, también, en un sentido paralelo, un derecho —dúctil.[248]

> Sin embargo, la invitación, que suele ser genérica o flexible, puede eventualmente traducirse en una advertencia al legislador, principalmente si la Corte acentúa en la motivación la necesidad urgente de nueva legislación o inclu-

[246] Groppi, Tania, *¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 107, mayo-agosto 2003, p. 495.

[247] Brust, ob. cit., p. 144.

[248] Groppi, ob. cit., p. 498.

> ye plazos específicos para la acción del Parlamento. En estos casos, la invitación puede contener la amenaza explícita —o implícita— de que el precepto impugnado será declarado inconstitucional de persistir la inactividad del legislador. Así que el monito al legislador, a pesar de estar normalmente contenido en una decisión desestimatoria, no puede entenderse como una desestimación pura o simple y tampoco como una sentencia desestimatoria interpretativa. Y ello porque, a pesar de resolver la cuestión formalmente con el fallo de desestimación, la realidad es que el fondo del asunto queda más bien en un compas de espera, como si fuera una especie de espada de Damocles en forma de una probable futura estimación total.[249]

Son bilaterales por concurrencia de al menos dos participantes en la decisión, a diferencia de las *sentencias unilaterales,* en las que el juez resuelve sin necesidad de acudir a otros órganos del Estado.

> Las sentencias bilaterales tienen la ayuda de algún otro órgano estatal, para la reparación de la inconstitucionalidad, sea que actúe por medio de consideraciones formuladas como exhortación al Poder Legislativo, o mediante sentencias diferidas que advierten la declaración a realizar.

2.7. Finalmente, la sentencia aditiva se puede clasificar por el objeto, según se refiera a integraciones de *garantía*, o de *prestación*. Unas se vinculan al ejercicio activo de los derechos que tiene la persona y al deber de aceptación que somete el Estado; otras, a las decisiones de hacer que tiene la administración para realizar nuevas o mayores prestaciones.[250]

Los tipos no están aferrados a un estándar toda vez que reciben la influencia del caso a resolver. En ocasiones, la sentencia será aditiva porque transforma con sus argumentos el significado de una ley, la que no quedará privada de sentido sino esclarecida con los agregados que se le adicionan. De este modo, el resultado llega como etapa mediado-

---

[249] Brust, ob. cit., p. 130.

[250] Modugno, Franco, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere Legislativo*, en "Giurisprudenza Costituzionale", Giappichelli, Torino, 1988, p. 121.

ra entre conflictos sociales y políticos. Son decisiones propias de quienes aventuran un rol activo y protagonista de las cortes constitucionales, aunque conlleve el riesgo de invadir la función propia de los demás poderes del Estado.

En realidad, como los tribunales constitucionales son controles y guardianes de la supremacía constitucional, la actitud no tiene resistencias severas pese a la perturbación que origina.

De allí que cuando la jurisdicción no quiere entrometerse más allá de lo razonable y prudente, utiliza a la sentencia aditiva como un llamado o exhortación, donde las pautas que ofrece desde el pronunciamiento, son al mismo tiempo elementos de la contención que realiza, dando tiempo al legislador para que actúe en consecuencia.

2.8. Un modelo de sentencia aditiva lo tenemos en el siguiente fallo de la Corte Constitucional de Colombia […]

> La Corte considera que la única decisión razonable a ser tomada en este caso específico es formular una sentencia integradora que, con fundamento en las actuales disposiciones legales, permita subsanar la inconstitucionalidad de la actual regulación de la impugnación de la paternidad […]. Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4).[251]

[251] Sentencia C 109/95.

3. La sentencia reductiva

3.1. Se llaman así a las decisiones que tienen dos modalidades principales. Unas pueden reducir el alcance de una disposición normativa; otras, porque realizan una interpretación restrictiva del derecho que se esclarece.

El Tribunal Constitucional del Perú las interpreta por la definición que aportan al señalar que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) 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.[252]

> 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 primicialmente 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.

3.2. La utilidad de este modelo afinca en la precisión que expresa para encontrar las fronteras o límites de aplicación de la ley.

La sentencia resulta estimatoria, pero en sus efectos puede anular una o más palabras, frases u oraciones completas del precepto que considera; o reducir el sentido normativo declarando la inconstitucionalidad parcial del texto. Este modelo suele llamarse en la doctrina italiana como *sentenza riduttiva* o *ablattiva*.

---

[252] TC, expediente n° 004-2004.

De todos modos la segmentación no es absoluta y, a veces, no es posible separación, desde que la anulación de parte de un texto legal, al mismo tiempo elimina también la norma o normas que son su significado, es decir, hay invariablemente una o más normas eliminadas. Por eso alerta Zagrebelsky, diciendo que "la decisión estimatoria parcial relativa a las normas contenidas en un texto no debe ser confundida con las decisiones que inciden en parte del texto.[253]

3.3. En esta modalidad el Tribunal Constitucional cumple una función propia de la más correcta interpretación. Detecta el conflicto normativo, lo separa del contexto, y lo subsume en el contenido previsto. Puede reducir el alcance y, en tal sentido, eliminar cuanto sea contrario a la Constitución (operación ablativa); o en su caso, reponer una interpretación conforme que estaba relegada, o reconstruir el criterio a sus justos límites (operación reconstructiva).

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 principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución.[254]

> Conviene tener presente en qué consisten: El principio de conservación de la ley, 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

[253] Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale,* Il Mulino, Milán, 1988, p. 298.

[254] TC, expediente n° 004-2004.

> no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.
>
> El principio de interpretación desde la constitución, es un axioma o pauta básica que 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.

3.4. Con las sentencias reductoras se persigue evitar la excesiva latitud de los textos, de allí que se justifique la supresión de preceptos considerados excesivos o desproporcionados. El punto de partida es acoger la pretensión, porque una desestimatoria sería incongruente con la decisión ablativa o reconstructiva.

Lo inconstitucional es el exceso; lo inaplicable es la deformación ideológica (propio de las sentencias manipulativas). En realidad no hay adiciones al texto, ni cambio de significados, por eso son sentencias de mínima intervención, aunque oportunas y efectivas.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

— Declárase la inconstitucionalidad de la ley "en cuanto incluye".
— Declárase la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que prevé".
— Declárase la inconstitucionalidad de la ley "en la parte que no excluye".[255]

3.5. Un modelo de sentencia reductiva lo tomamos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela cuando declara, en un recurso interpuesto contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que, tratándose la materia vinculada a dicha interpretación a la tributaria, la cual se rige por períodos fiscales anuales, la

[255] García Tomá, Víctor, *La Constitución comentada*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, s/f, p. 134.

Sala —en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal— aclara el aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo Nº 301 del 27 de febrero de 2007, señalando expresamente la misma no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada.[256]

Con relación a los derechos a la salud, la Corte Constitucional de Colombia expresó que, el servicio médico que se requiere puede estar o no dentro del plan obligatorio de salud. En ambos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha estimado que ello debe ser decidido por el médico tratante, al ser la persona capacitada, con fundamentos científicos y que conoce al paciente, hallándose adscrito a la entidad encargada de la prestación; por ende, en principio, se ha negado el amparo cuando no se cuenta con su concepto. Sin embargo, esta regla no es indefectible puesto que, en algunos casos, no aceptar el criterio de un médico externo, puede convertirse en una barrera contra el acceso al derecho constitucional a la salud. Ello ha ocurrido, por ejemplo, cuando la entidad responsable tuvo conocimiento de dicho concepto, pero no lo descartó con base en información científica y en la historia clínica particular sea porque se valoró inadecuadamente a la persona; o hubo ausencia de evaluación médica por parte de los especialistas que sí estaban adscritos, sin importar el argumento que originó la mala prestación del servicio; o el médico tratante que había realizado la auscultación dejó de estar vinculado a la entidad que inicialmente aceptó su dictamen.[257]

[256] Sala Constitucional, 6 de marzo de 2007, Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero.

[257] Sentencia T 285/2011 (Colombia).

4. La sentencia sustitutiva

4.1. Las sentencias integradoras de tipo sustitutivas se producen en aquellos casos en que la Corte retira del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y procede a llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto que se ajuste a la Constitución.

Las sentencias sustitutivas son, entonces, una mezcla de sentencia de inconstitucionalidad simple y de sentencia integradora, en el sentido que si bien en ellas se anula el precepto acusado, éste es reemplazado por un mandato que el propio fallo decide incluir o agregar al ordenamiento.

De acuerdo con la doctrina especializada, el tipo de sentencia sustitutiva se caracteriza por adoptar, en forma sucesiva y concurrente, una postura ablativa, por medio de la cual se neutraliza la inconstitucionalidad advertida, y una postura reconstructiva, dirigida a llenar la laguna normativa creada por el vicio de inconstitucionalidad detectado.[258]

4.2. Este tipo de sentencia posee una doble identidad. Por un lado, al declarar la procedencia de la pretensión, dispone la inconstitucionalidad de la norma impugnada; y al mismo tiempo propone una interpretación diferente que sustituye criterios precedentes. Por eso la sentencia sustitutiva se compone de una parte que anula el contenido normativo inconstitucional y otra que dota el precepto del contenido ajustado a los principios constitucionales.[259]

Una parte suprime y la otra repone; por lo cual, visto el hecho como activismo jurisdiccional, existe cierto resquemor a esa tarea de sustituir un criterio vertido bajo un formato democrático de elección; poniendo en su lugar el temperamento de un cuerpo sin legitimación democrática.

Pero así es el juego político que tiene la estructura concentrada del control constitucional, razón que ha llevado a preferir las actuaciones aditivas en lugar de las sustitutivas,

---

[258] Sentencia C 325/09 (Colombia).

[259] Brust, Leo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Salamanca, 2011, p. 433.

permitiendo con ello cierto consenso y disminución de la animosidad.

> Quienes defienden la actuación del Tribunal Constitucional exclusivamente como legislador negativo, tendrán motivos sobrados para cuestionar la legitimidad de la "actividad legislativa", que conlleva la sustitución en éste tipo de sentencia. En efecto, es muy difícil defender que la sentencia sustitutiva no fuerce el precepto impugnado al establecer algo de lo que el texto es claramente incapaz. En principio, la parte —reconstructiva— debería ser la consecuencia natural del precepto despojado de la norma anulada y, obviamente, una exigencia constitucional. Es decir, como el último paso de la sentencia sustitutiva no es diferente de una sentencia aditiva, debería respetar todos sus requisitos. Sin embargo, lo usual en ese tipo de sentencia es que el texto vaya en una dirección y la sentencia de la Corte en otra.[260]

[260] Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, cit., p. 675. Brust, ob. cit., p. 104.

CAPÍTULO XI
LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Características

1.1. Las sentencias de inconstitucionalidad son el resultado propio de la función constitucional de controlar la supremacía de la Constitución. La expresión de ellas depende del sistema aplicable en cada jurisdicción, porque en algunas (Argentina, Estados Unidos) no se admite la declaración general de inconstitucionalidad teniendo en cuenta para ello que los jueces actúan en casos concretos, donde solo pueden disponer la *inaplicabilidad* de la ley cuestionada.

> La Ley 27 de Argentina (de 1862) dice: *Artículo 1°* – La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de simples individuos, de Provincia o de la Nación.
>
> Art. 2° – Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.
>
> Art. 3° – Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella.
>
> Art. 4° – Conoce y decide en todos los asuntos regidos por la Constitución y Leyes Nacionales, y en todas las causas expresadas en los artículos 100 (hoy art. 116) y 101 (art. 117) de la Constitución pero cuando fuere llamada, de conformidad con el artículo 100, a juzgar entre vecinos

> de diferentes Provincias, lo hará con arreglo a las respectivas leyes provinciales.
>
> Art. 5° – No interviene en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de Provincia no se halle interesada la Constitución ni ley alguna Nacional.

1.2. Otras técnicas diferencian el rol de quien interviene. Cuando el control es difuso dentro de un sistema de tribunales constitucionales, no hay sentencia propiamente dicha sino la advertencia de formar una *cuestión de inconstitucionalidad* que deberá resolver el órgano concentrado. No hay así una sentencia posible.

> El artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español dispone que: 1) Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2) El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegase a sentencia firme.

1.3. A veces, se presenta bajo la forma de una *demanda* o *acción pública de inconstitucionalidad*, como en Colombia, que pueden ser deducidas por cualquier ciudadano en ejercicio que considere que determinada ley o decreto con

fuerza de ley viola la Constitución Política. La legitimación abierta pone de relieve el rol protagónico que se espera de la Corte Constitucional, con el requisito de: 1°) Señalar cuáles son las normas que se tildan de inconstitucionales, las que se deben transcribir por cualquier medio o con un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2°) indicar de qué forma ella infringe un derecho constitucional; 3°) Dar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4°), en su caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado, y, 5°) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda (artículo 2º Del Decreto 2067 de 1991).

Este modelo también se puede expresar como control abstracto de inconstitucionalidad, el que por ahora no es motivo de atención.

Sí lo es la diferencia que otros señalan entre *sentencias de inconstitucionalidad* y de *inexequibilidad*, en las que las primeras son el resultado de un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social; mientras que la segunda es un fenómeno de teoría jurídica que incide en la vigencia y en la validez de la norma.

Por eso se dice que, no es lo mismo *inexequibilidad* que derogación. Si la *inexequibilidad* de la ley no restaura "ipso jure" la vigencia de las normas que la ley inconstitucional considera como derogadas, habría que concluir que el mecanismo de control se tornaría ineficaz y esta conclusión vulneraría la supremacía de la Constitución y la guarda de la misma.[261]

> Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, y por ello suele referirse a la garantía de derechos fundamentales cuando estos se

[261] Sentencia C 427/2002 (Colombia).

> ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. Y la segunda, es exclusiva de los jueces de control de constitucionalidad y tiene el alcance de declarar de manera definitiva la permanencia o la salida de una norma del ordenamiento jurídico.

Esta división también se advierte en legislaciones como la chilena, donde por un lado se verifica la constitucionalidad de una norma, que es un acto de conocimiento, y por otro, se resuelve la expulsión del ordenamiento, que equivale a realizar un juicio de validez.

1.4. Asimismo, una sentencia de inconstitucionalidad puede quedar relacionada con la nulidad que declara, poniendo un vínculo entre ellas, donde la situación entre nulidad e inconstitucionalidad conduce a iguales resultados.

> Esta idea proviene del llamado sistema europeo de justicia constitucional, en el que advierte Fernández Segado que […] "no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, es contraria, como es bien conocido, a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad *ipso iure*. La inconstitucionalidad, tradicionalmente, ha ido vinculada a la nulidad. Omisión hecha del sistema austriaco, heredero directo del pensamiento kelseniano, el tríptico inconstitucionalidad/nulidad/sentencia declarativa ha sido durante muchos años lugar común. Paradigmático es el caso de Alemania, donde se admite que cuando el legislador prevé la nulidad de la ley inconstitucional (así en los arts. 78, 82.1 y 95.3 BVerfGG) no hace otra cosa que recepcionar la tradicional doctrina alemana según la cual, "*ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an nichtig ist* (*ex-tunc-Wirkung*)" (una ley inconstitucional es nula desde un principio con eficacia *ex tunc*). Sin embargo, la realidad es bien distinta, hasta el extremo de que Schneider pudo escribir hace ya más de un cuarto de siglo, que la posibilidad del BVerfG de declarar la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional cada vez se utiliza menos en los últimos años, declarando tan sólo la nulidad de una ley el Tribunal si con ello se logra resta-

> blecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución.[262]

Este procedimiento se considera propio de quien atiende una denuncia de inconstitucionalidad en el que se plantea la nulidad de los actos jurídicos consecuentes. Por ello, el resultado inevitable sería asignar fuerza de cosa juzgada *erga omnes* a la sentencia que advierta la infracción constitucional.

Pero si la niega, la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* solo en relación con la *causa petendi* juzgada. Mientras que las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* únicamente con relación a las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

1.5. Finalmente está el problema de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, porque la sentencia de inconstitucionalidad se puede disponer con efectos diferentes.

Puede abarcar a todos quienes se encuentran en la misma condición y estado (incidencia colectiva); o quedar en el grupo de los derechos individuales homogéneos y beneficiarse con el pronunciamiento; estar amparado solo porque es parte y la sentencia de él se ocupa solamente (*inter partes*); o darle efectos *erga omnes* y constituir un modelo de sentencia normativa.

Para el cierre quedan los efectos inmediatos o diferidos que la sentencia puede acordar, acordando modalidades consecuentes para ser ejecutada.

> De conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, cuando una norma es declarada inconstitucional, ésta pierde validez, es expulsada del sistema y los efectos de dicha declaratoria se retrotraen al momento en que se publicó la norma en el órgano de difusión estatal, en este caso del

[262] Fernández Segado, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como legislador positivo", *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 15, vol. 15, 2011, p. 130.

> Boletín Oficial del Estado. Ahora bien, aun cuando ello ocurre normalmente, han existido casos en que una vez que se declaró la inconstitucionalidad de la norma, el Tribunal no ha ordenado la restitución del importe enterado con motivo de la aplicación de la norma declarada contraria a la constitución, sino que ha modulado el efecto temporal de la propia resolución, lo que trataremos de analizar a la luz de las propias sentencias que fueron emitidas por el Tribunal Constitucional Español. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

2. Sentencias de inaplicación de la ley

2.1. El modelo se ajusta para los esquemas de control difuso de constitucionalidad de las leyes, donde el pensamiento de *Marbury vs. Madison* prosigue y evita que los jueces hagan declaraciones de vigencia normativa, permitiendo en cambio que actúen con decisiones de inaplicabilidad en los casos concretos donde intervienen.

> Explica Haro que el sistema actúa de esta manera porque […] "Marshall, no solamente no deseaba ver desairada a la Corte Suprema por el Poder Político, sino que además era consciente, que en esos primeros años de la instalación y la construcción de la arquitectura institucional norteamericana, diseñada en 1787, no era conveniente plantear un grave "conflicto de poderes", que podría haber llevado a una situación de "bloqueo institucional" sin perspectivas de solución aún desde el propio texto constitucional. El ingenio de Marshall soslayó estas alternativas, elaborando una tercera posición, la que le permitió reclamar para la Corte, el ejercicio de un poder infinitamente mayor al que solicitara Marbury, pero de un modo que Jefferson no podría rehusar".[263]

[263] Haro, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 35.

Las características reportan que son decisiones con efectos jurídicos individuales; revocan relaciones jurídicas afectadas por el vicio normativo; no consiguen eficacia expansiva de la cosa juzgada salvo situaciones excepcionales que dependen del fallo propiamente dicho; y aun cuando éste lo imponga, tendrá que confrontarse la posibilidad jurídica de imponer el precedente (recuérdese, como vimos con anterioridad, que dentro del modelo difuso hay sentencias de seguimiento obligatorio *[stare decisis]* y otras que solo tienen efectos inter partes).

2.2. La inaplicabilidad, como medio del control de constitucionalidad, no es muy efectivo y recibe críticas continuas por el desapego a ciertos principios que se debieran poner como preferentes. Nos referimos a la igualdad procesal (*de fila*, es decir que se trate a todos con la misma regla; y *de armas*, que significa dar a ambas partes idénticos derechos de alegación y prueba); y a la economía de gastos y esfuerzos.

Al no ser la inconstitucionalidad un recurso de inconstitucionalidad, ni conseguir esa declaración al cierre del circuito, la suerte del resultado puede ser contradictorio según el escenario donde fluya, provocando incertidumbre y desconcierto.

Por otra parte, como la sentencia de inaplicabilidad no afecta la validez normativa, sino la aplicación al caso concreto, la producción de perjuicios y el contrasentido con la norma constitucional se mantiene.

2.3. La decisión que se adopta para un caso pone de relieve la crisis con la seguridad jurídica que se quiere evitar con la doctrina del *stare decisis*. Pero esto es posible solo en el *common law* o en los sistemas que obligan a seguir el precedente aislado de tipo individual. En otros lugares (Chile, Argentina, entre otros) el efecto *inter partes* de la cosa juzgada deja vigente el conflicto constitucional aunque resuelva la controversia singular.

Lo mismo, aunque desde otra perspectiva, ocurre con el poder jurisdiccional de fiscalizar que se cumpla el prin-

cipio de la supremacía, porque no hay control propiamente dicho, ni declaración posible de inconstitucionalidad.

2.4. Sin embargo, las críticas no son plenas, cuando se analiza la cuestión con otra mirada. Aquí cuanto interesa observar es el objeto que tiene una sentencia de inaplicabilidad, sea porque apunta a resolver solamente el juicio donde se invoca el acto lesivo, o en el que la norma aparece teniendo una incidencia compleja dentro de una realidad o relación jurídica procesal objetiva.

Por ello es cierto que en tales circunstancia, sólo corresponderá emitir pronunciamiento sobre el fondo de la inaplicabilidad planteada cuando las disposiciones legales objetadas de inconstitucionales deban tener necesaria aplicación o estén precisamente destinadas a ser consideradas para la decisión de la materia en la cual incide el recurso.[264]

> Se afirma entonces que […] "el dilema aparece planteado de modo completamente evidente: si bien es cierto que para resolver el recurso no es necesario mirar el caso concreto, no es menos cierto que para resolver el recurso es necesario mirar el caso concreto. Ambos puntos son incoherentes en el sentido de que uno no sólo no explica sino que se opone al otro. Si para acoger el recurso no es necesario mirar al caso concreto, entonces no se justifica exigir que los preceptos impugnados "estén precisamente destinados a ser considerados para la decisión de la materia en la cual incide el recurso"; si se justifica esta exigencia, entonces en algún sentido el juicio que la Corte debe emitir debe estar relacionado con la caracterización del caso concreto".[265]

Cierto es, al mismo tiempo, que la solución del caso sirve para lo contextual, evitando así que el uso de la norma tenga una interpretación apartada de esa convergencia. Responde a un criterio elusivo. No se comprometen decla-

[264] Atria Lemaitre, Fernando, "Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 12, núm. 1, agosto (2001), Valdivia, pp. 119-156.

[265] Atria Lemaitre, ob. cit., p. 133.

raciones generales (de inconstitucionalidad) porque la justicia debe trabajar para situaciones puntuales.

En consecuencia, la inaplicabilidad trabaja más cerca del principio de legalidad constitucional y de los derechos individuales que del control abstracto y genérico. La función de vigilancia sobre los actos contrarios a la Constitución une solo dos parámetros: el acto lesivo y la Norma Fundamental; y como ambas atienden la situación del caso, sólo éste puede quedar resuelto sin ninguna posibilidad de extensión.

2.5. En Argentina la inaplicabilidad de ley puede ser una sentencia dispuesta en el marco de un juicio ordinario no constitucional, y aun de cualquiera de los procesos constitucionales que desenvuelve la Constitución Nacional y leyes reglamentarias.

También el esquema federal de organización permite que las provincias tengan un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, cuyo destino instrumental es unificar la jurisprudencia y evitar que se resuelvan casos simlares en forma desigual.

La doctrina legal que torna viable el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley es la producida por las Supremas Cortes locales, mediante la interpretación de las normas que han regido la relación sustancial debatida en una determinada controversia, y no la que deriva de otros tribunales, aún de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

La finalidad del recurso es juzgar la legalidad de la sentencia y la justicia del caso, asegurando a las partes la más correcta aplicación del derecho positivo a los hechos de la causa.

2.6. En cambio, las sentencias con resultado de inaplicabilidad de ley dictado dentro del proceso sustanciado es una característica del control difuso, donde advertida la inconstitucionalidad se da paso a la inaplicabilidad de la norma al caso concreto.

Aquí la revisión toca más los aspectos constitucionales, que los recursos de inaplicabilidad de ley que se fundan,

antes que en el control de la supremacía, en el principio de legalidad ordinaria.

La Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina sostiene que una decisión de inaplicabilidad del precepto, no altera sus términos a extremo tal de sustituir y alterar la disposición legislativa, acordada a los jueces la facultad de juzgar la conformidad de las leyes con la Constitución, pero no es aventurado reconocerles la de delimitar el alcance de la inconstitucionalidad que tengan el deber de declarar y asegurar así máximamente la vigencia de todo el resto de la ley.[266]

3. El *leading case*

3.1. Las sentencias que declaran inconstitucionales pueden iniciar una tendencia jurisprudencial que se constituye como caso líder o *leading case*.

Se las llama sentencias hito porque comienzan un tiempo de interpretación constitucional que orienta y da fundamentos. Pueden ser el punto de partida para otras decisiones (*stare decisis*); y a su vez marcar la importancia de los conceptos según resuelvan en abstracto o para el caso individual y concreto.

Para García Belaunde […]

> Lo primero que debemos advertir es que para que exista un leading case, deben darse resoluciones judiciales de alto nivel, esto es, de grandes reflexiones, que representen una visión muy elaborada y con enfoque jurídico de la materia sujeta a revisión judicial, y que a su vez, represente un avance sobre lo que hay en ese momento y con carácter creador […]. Otro elemento que debemos tener presente y que es característico de todo leading case. Y es que provoca seguimientos y cambios de rumbo. Y para que eso suceda en forma continuada, habría que considerar a la jurisprudencia como fuente de derecho, como lo es, decididamente, en los países del *common law*".[267]

---

[266] Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi, CS, 22/05/2007, "*Lema, Jorge Héctor c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios*", Fallos 330:2334.

[267] García Belaunde, Domingo, *¿Existe el leading case en el derecho peruano?*, www.garciabelaunde.com, Lima, 2001.

3.2. La configuración de casos testigos o fundadores de línea, están plenamente consustanciados con el realismo americano que espera soluciones legales con las sentencias. Los hechos se revisan proyectados al futuro, donde la lógica de la teoría general impresa en los modelos del *civil law* difiere al quedar construida la decisión con resoluciones propias de un derecho cambiante.

En el opuesto, los *leading case* del *civil law* se implementan con principios, reglas y valores que pueden tener, o no (según funden una línea jurisprudencial o la modifiquen, respectivamente) anclarse en las fuentes preconcebidas.

La doctrina jurisprudencial proveniente de Cortes o Tribunales Constitucionales reviste suma trascendencia en esta etapa de fundación, muchas veces tildada de "época idealista" que nutre de conceptos jurídicos plenos de utopías y argumentos para la consolidación.

> Un modelo de estos pronunciamientos nos llega de la Corte Constitucional de Colombia cuando expresó que […]: "El ejercicio de la soberanía popular, significa, sobre todo, la capacidad exclusiva del pueblo colombiano, bien directamente, ora a través de los órganos constitucionalmente habilitados para ello, de hacer y aplicar el derecho, pues de esta manera se ejerce el poder de supraordenación consustancial a la condición de soberano. No obstante, mientras se mantenga el modelo constitucional, tal poder de mando se ejerce a través de los mecanismos de participación directa e indirecta que ha diseñado el constituyente y, en este último evento, se delega a los órganos que conforman el poder público, para que éstos lo ejerzan en los términos que la Constitución establece. Al amparo del principio de soberanía popular, puede afirmarse que la obligación de obedecer el derecho se deriva de la legitimidad constitucional que ostenta la fuente de la cual emana. En estas condiciones, no puede el legislador, so pena de violar la soberanía, trasladar, en todo o en parte, sus facultades normativas propias a otros órganos o entidades, nacionales o extranjeros, que no encuentran habilitación constitucional para producir derecho. En general, afecta la soberanía la norma infra-constitucional que traslada la competencia de crear, ejecutar

> o aplicar el derecho, a órganos distintos de los que han sido constitucionalmente facultados para ello, o aquella que vacía de contenido las competencias de las instituciones que integran el poder público y, en suma, la que dota a ciertas entidades de facultades de mando que corresponden directamente al pueblo o a los órganos públicos que emanan de la voluntad popular".[268]

3.3. A veces las sentencias hito son productos de la omisión reglamentaria o legislativa. A diferencia de los pronunciamientos que demandan la reparación o eliminación del precepto normativo acusado de ilegal o inconstitucional, en la omisión hay un pedido expreso para que se adopte una acción positiva, sea para que recomiende al poder correspondiente que dicte el reglamento o la ley, o en su caso, para actuar decididamente con sentencias normativas complementarias del omiso legal.

Estas sentencias son distintas en su enclave, porque pueden exhortar al legislador o al administrador para que obre cubriendo el vacío legal encontrado; o para que avisen de la inconstitucionalidad encontrada otorgando un plazo para la remoción; o bien, pudiendo enmendar la laguna con sentencias aditivas como fue en Argentina el caso "*Halabi*".

> En este fallo, la Corte Suprema Argentina da cobertura a las acciones colectivas de reglamentación largamente postergada. Allí, entre otros considerandos, dijo […]: "Frente a la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase; norma que debería determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo definir a la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan los procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos-, existiendo una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley

[268] Sentencia C 347/97 (Colombia).

> Suprema ha instituido, el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular".[269]

3.4. El test de las sentencias iniciadoras o de fundación se puede seguir con el concepto de los llamados "fallos institucionales", que por lo general, ponen de relieve las apetencias del órgano superior actuando en materias de política legislativa, con la clara intención de conseguir que el criterio dispuesto sea de aplicación obligatoria.

La doctrina del precedente vinculante coadyuva para el objetivo, y pone en trance el prestigio del tribunal supremo cuando la jurisprudencia no es obligatoria. La historia jurisprudencial, en definitiva, es quien mejor juzga el carácter fundador de la sentencia constructiva de línea.

Por ejemplo, en Argentina, el paso del tiempo no ha impactado en la doctrina creada en "*Cullen vs. Llerena*",[270] sobre cuestiones políticas no justiciables; o "*Ekmekdjian vs. Sofovich*"[271] que inicia el derecho a réplica y conserva su lozanía.

4. Sentencias continuadoras de línea

4.1. Los pronunciamientos que continúan una línea jurisprudencial abierta son el modelo que se describe. No se trata de aplicar el fallo precursor, sino de desarrollar con argumentos las reglas y principios que se explanaron con anterioridad por el tribunal que lo reitera y revisa.

Para ciertos esquemas de alineación jurisprudencial constituyen una necesidad inevitable para la formación del precedente vinculante; otros, en cambio, los repiten con la esperanza de conseguir la continuidad y adhesión que el mecanismo de control de constitucionalidad no les permite.

---

[269] CS, 24/02/2009, "*Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo-ley 16.986*", Fallos 332:111.

[270] CS, 7/09/1893 "*Cullen Joaquín vs. Llerena Baldomero*", Fallos 53:420.

[271] CS, 7/07/1992, "*Ekmekdjian Miguel Angel vs. Sofovich Gerardo*", Fallos 310:508.

4.2. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que [...]

> El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas".[272]

Este punto tiene relación con la continuidad en el uso del precedente, que en los mecanismos de control difuso se

[272] Sentencia SU 047/1999.

aplica como repetición de jurisprudencia en vías de consolidar el criterio interpretado.

5. Sentencias de cambio jurisprudencial

5.1. Como indica la presentación, la sentencia que resuelve alterar el curso de una interpretación constitucional anterior, son las que tipifican este modelo. Sus características dependen de la existencia obligatoria del precedente, donde es necesario que se argumente y justifique la decisión de cambio.

Si bien es cierto el porcentaje de fundamentación en su propia autoridad jurisdiccional es lo que caracteriza el fallo anterior, también lo es que la variación de criterios no siempre significa cambiar la opinión ya vertida, sino adaptarla a los tiempos y circunstancias. De allí que no sea otra norma la que se interpreta, sino la misma aunque sujeta al concepto de la realidad actual.

> En Ecuador, la Resolución n° 09/2012 de la Corte Nacional de Justicia, establece un procedimiento para el cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio. Entre sus fundamentos se destaca […]:
>
> Que la Constitución de la República en su artículo 184.2, establece como función de la Corte Nacional de Justicia desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en fallos de triple reiteración;
>
> Que el artículo 185 de la Constitución establece que las sentencias emitidas por las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir el fallo al Pleno de la Corte para que éste delibere y decida sobre su conformidad;
>
> Que el mismo artículo 185 de la Constitución, en su parte final, prevé la posibilidad de cambiar el criterio jurisprudencial, que será sustentado por el juez o la jueza ponente en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y que su fallo sea aprobado de forma unánime por la Sala;
>
> Que los artículos 180.2 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial desarrollan el mandato constitucional del sistema de precedentes jurisprudenciales fundamenta-

do en los fallos de triple reiteración emitidos por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, incluida la posibilidad de cambio de criterio jurisprudencial;

Que las referidas disposiciones constitucionales y legales generan dudas en cuanto al procedimiento a seguir en caso de cambio de criterio jurisprudencial declarado como precedente obligatorio por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, sobre todo en cuanto a la unanimidad del fallo, tomando en cuenta que varias Salas están integradas por más de tres Jueces o Juezas, pero las sentencias las expiden tribunales conformados por tres Jueces o Juezas;

Que el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como atribución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes;

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, se resuelve:

Artículo 1.- El establecimiento de un criterio jurisprudencial obligatorio, se realizará únicamente en base a resoluciones expedidas por una Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia. En aquellas Salas integradas con un número mayor a tres Jueces o Juezas, las sentencias que expidan los tribunales de aquellas salas, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, servirán de fundamento para establecer un precedente obligatorio en los términos previstos en la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial. El plazo previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, correrá a partir de la fecha en que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia ponga en conocimiento del Pleno la existencia de un posible caso de triple reiteración.

Artículo 2.- El cambio de criterio jurisprudencial contenido en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, lo puede realizar únicamente un Tribunal de una de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia. Dicho fallo o sentencia, a más de cumplir estrictamente con la sustentación en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, deberá ser expedido en forma unánime por el Tribunal.

> *Artículo* 3.- Ejecutoriada la sentencia que contenga un criterio jurisprudencial que se aparte del constante en un precedente obligatorio declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el Presidente o Presidenta de la Sala lo pondrá inmediatamente a conocimiento del Pleno por intermedio del Presidente o Presidenta de la Corte, para que decida si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio jurisprudencial se ha cambiado o determine si se trata de una cuestión nueva, no comprendida en dicho precedente. Si el Pleno de la Corte Nacional de Justicia resuelve dejar sin efecto el precedente obligatorio, el Tribunal o la Sala, podrán asumir el nuevo criterio; y, si éste se reitera por tres ocasiones, deberá ser puesto nuevamente a consideración del Pleno para que decida sobre su conformidad, observando el procedimiento previsto para la determinación de precedente obligatorio.
>
> La Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remita copias certificadas de la presente resolución al Registro Oficial y Gaceta Judicial para su inmediata publicación.

5.2. En los modelos de control difuso, se puede confundir el cambio jurisprudencial horizontal, es decir el que realiza el propio tribunal que varía el sentido de la sentencia precursora, con las sentencias de unificación que persiguen resolver las asimetrías jurisprudenciales entre varios fueros. En estos casos, la influencia proviene del efecto vertical que tiene el fallo.

Téngase presente que, en estos mecanismos, la particularidad de las sentencias es su efecto *inter partes* y sólo de manera excepcional el efecto expansivo del tipo *erga omnes*.

5.3. En ambos casos el cambio de jurisprudencia no implica necesariamente que haya un cambio en la realidad fáctica, toda vez que el tribunal puede abrir con la mudanza de criterio, una renovación que puede ser producto de una nueva integración del cuerpo, de transiciones legislativas, o del mismo diálogo jurisprudencial entre Cortes.

En este sentido, se ha dicho que abrir las puertas a la transformación de los precedentes judiciales es parte de los avances sociales, de las evoluciones en las teorías jurídicas,

de los cambios generacionales en las altas cortes y de las nuevas visiones legales.[273]

5.4. De igual modo el cambio de un precedente por otro se puede llevar a cabo con fines de esclarecimiento. Por ejemplo, en Perú se modificó el precedente vinculante en relación a la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura respecto a la evaluación y ratificación de magistrados efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura; por considerar que no estaba fijado el plazo desde el cual se debía contar la obligación de seguimiento-

> El Tribunal Constitucional, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha resuelto cambiar el precedente vinculante establecido en la STC N.º 3361-2004-AA, precisando que los efectos de dicho precedente no se limitan a los casos suscitados con posterioridad a su expedición sino que, en aras de lograr una jurisprudencia eficaz que tutele los derechos fundamentales, en especial en lo que se refiere al derecho al debido proceso y a la motivación de las resoluciones, debe entenderse que todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido.[274]

[273] Corte Constitucional de Colombia, comunicado, Sentencia SU-26, enero 25 de 2012, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

[274] Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N.º 01412-2007-AA.

CAPÍTULO XII
LA SENTENCIA EXHORTATIVA

1. Definiciones

1.1. Las sentencias estimatorias o desestimatorias cierran el debate resolviendo con situaciones extremas: se admiten o rechazan las pretensiones.

¿Es posible solucionar un pleito con decisiones diferentes? ¿Se puede dar tiempo para revocar la causa que da origen al conflicto?, o dicho en términos que expliquen esta introducción: ¿Se pueden emitir sentencias que exhorten a cumplir con determinadas acciones que pueden o no atarse al planteo que motivó el proceso constitucional?

Las llamadas *sentencias exhortativas*, precisamente, son aquellas que le dan tiempo a una de las partes para cumplir con los resultados que se evaluaron en los fundamentos del fallo. En consecuencia, antes de ejecutar por la fuerza (*executio*) una condena eventual, se permite abrir un espacio de reflexión para que el obligado de cumplimiento voluntario al hecho que se ha determinado.

> Olano García dice que son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.[275]

1.2. Propuestas de esta naturaleza significa postular una particularidad de la sentencia constitucional que no es

[275] Olano García, *Tipología de las sentencias constitucionales*, cit., p. 574.

posible en los pronunciamientos ordinarios, salvo pocas excepciones como las llamadas sentencias condicionales o de futuro.

La polémica se entabla con el tipo de exhortación que se practique, en la medida que la obligatoriedad de cumplimiento privaría la condición de "consejo", para ocupar el espacio de la "intimación", es decir, si al legislador se lo emplaza para que remueva del ordenamiento jurídico una norma que se advierte inconstitucional, el "consejo" puede ser que sustituya la disposición, y la "amenaza" será que si no se cumple en el término acordado, la ley quedará suprimida.

1.3. Además, una cosa es exhortar en el marco del control de constitucionalidad concentrado, donde el Tribunal Constitucional tiene fuerza normativa para sus decisiones, proyectadas con el efecto *erga omnes* de las sentencias; y otra pretender lo mismo en sistemas donde los jueces actúan para el caso concreto, en los que sus pronunciamientos difícilmente lleguen a la inconstitucionalidad aunque puedan declarar inaplicable la ley.

Inclusive, dentro de éste marco, se suscita otra cuestión de rispidez como es la compleja naturaleza del juez constitucional según se interprete como órgano jurisdiccional de *compatibilidad* de actos, normas y derechos con la Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos, donde la tarea es de mera comprobación y declaración; respecto de aquellos que coligen una intervención más amplia, comprensiva de pronunciamientos en lo que se incorporan valores superiores —como la justicia, la dignidad humana, la igualdad, la diversidad cultural, etc.—; o principios propios de la justicia constitucional (v.gr.: interdicción de la arbitrariedad; prohibición del abuso del poder; limitación del exceso discrecional, etc.), que permite superar el límite otrora previsto por Kelsen cuando refirió al tipo de "legislador negativo" del tribunal constitucional.

La Corte Constitucional de Colombia asume estas extremidades ideológicas y afirma en la sentencia C-436 de 1994 que […]:

> Con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no está, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales [...]. El exhorto no debe, entonces, ser visto como una ruptura de la división de poderes son como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado [...]. Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquélla que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador.

1.4. Tampoco está demás advertir que la sentencia exhortativa cambia el modelo de relación en el Poder, donde el control de fuerzas para conseguir afianzar el principio de la supremacía constitucional, se convierte en un diálogo con el legislador y la administración.

De algún modo es una vuelta a la función preventiva de la jurisdicción, dejando momentáneamente de lado la actuación represiva.

Por eso, también, la exhortación puede fungir como aviso tendiente a impedir conflictos políticos, pues una sentencia que saque del ordenamiento una norma declarada inconstitucional puede ser resistida por caminos distintos y posibles que, dando tiempo para las alternativas, podrá quedar inerte tras la reflexión.

> En Argentina, Roberto Gargarella postula esta forma de resolver criticando la visión de Sagüés para quien el Poder Judicial implica una "separación estricta" de poderes, que —según el profesor citado— es rechazada por nuestro constitucionalismo –un constitucionalismo que se organiza a partir de la idea de los "frenos y contrapesos." El modelo de los "frenos y contrapesos" ideado por James Madison no sólo no rechaza sino que auspicia y se alimenta

> del diálogo y la mutua corrección entre los poderes. Lo que se espera (y no, lo que se rechaza) es que cada rama del poder interfiera parcialmente (como exigía Madison) con las otras, impidiéndoles actuar en contra de la Constitución, y ayudándolas a actuar conforme a ella.[276]

2. Sentencia con aviso

433.1 La sentencia exhortativa informa un resultado a tomar si el condenado no cumple con aquello que se le implora. Es un modelo singular que se instala en el territorio del diálogo político, pero con el aviso de obrar compulsivamente si deja de cumplir. Con ello no se resigna el poder ejecutorio propio de la función jurisdiccional.

Es cierto que hay en torno de esta modalidad un implícito difícil, porque la justicia no resuelve de inmediato y condiciona la fuerza ejecutiva de sus fallos a una acción propia de otro poder o autoridad. Inclusive, podría ser una advertencia para una persona física o jurídica.

Y al mismo tiempo, vuelve a un planteo originario de la controversia entre mecanismos que resguarden la eficacia constitucional: o es el Parlamento como guardián originario y primer intérprete de la Norma Fundamental, o en su caso, lo es la jurisdicción política o judicial, según se conforme el control de constitucionalidad.

> En Perú, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 2 de febrero de 2006[277] explica el fenómeno y considera que […] "a partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en

[276] Gargarella, Roberto, *Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas*, en www.cels.org.ar.

[277] Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, 0030-2005-PI/TC.

> la ejecución de sus respectivas competencias […]. De ahí que el artículo 38 prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí, también, que los artículos 200, inciso 4; 201; 202, inciso 1; 203, y 204 hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81 y 82 del Código Procesal Constitucional). De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a "la mayoría", se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

Para nosotros el gran logro del constitucionalismo actual es haber reformulado la intervención judicial de las Cortes Superiores, consiguiendo de este modo consolidar un modelo de protagonismo que destaca el rol social que los jueces cumple en la sociedad actual.[278] Preferimos el control constitucional de jueces independientes e imparciales al que puedan ejercer quienes crean la norma o la promueven al amparo de mayorías que persiguen la ejecución sin control.[279]

---

[278] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La función social del juez*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012, pp. 344 y ss.

[279] No es éste el tema que nos convoca, por lo que esta nota solo instala un tema que en Argentina se plantea desde el gobierno, cuando argumenta que el primer intérprete de la Constitución es el Congreso (el legislador), creyendo que el control jurisdiccional de la constitucionalidad es un poder de veto inconstitucional. Compartimos lo expuesto por el Tribunal Constitucional Peruano al afirmar que […] puede decirse que hemos ingresado —hace tiempo ya— a un escenario de "democratización de la sociedad" en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento. No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contrapo-

2.2. Ahora bien, fuera de esto que es harina de otro costal, lo complejo radica en revelar si la sentencia tiene fuerza propia para ejecutarse después de transcurrido el tiempo acordado para que se cumpla; o en realidad es un consejo sin formulación coactiva.

Vale decir, ¿la decisión dilata el cumplimiento? ó ¿aconseja un temperamento que de no consumarse deriva en otra sentencia declarativa?

En materia penal la condena en suspenso es posible, como también lo es la ejecución con penas alternativas; en el orden civil se regula la condena de futuro y la sentencia condicionada en su ejecución al cumplimiento de mandas especialmente dispuestas; pero en cuestiones constitucionales una sentencia exhortativa parece dirigida a evitar el conflicto con la autoridad parlamentaria o administrativa, antes que para garantizar el resultado lógico de una sentencia favorable cuya ejecución inmediata es propio de todo modelo procesal.

2.3. Algunas legislaciones disponen especialmente al respecto. En la Constitución de la provincia de Río Negro

---

sición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula Hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad —no la verdad— hace la ley) [...]. Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. En su estado puro, dicho pluralismo no es más que la suma de intereses particulares urgidos por traducir el margen de control social alcanzado en control político. De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser organizaciones que "concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular", tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución (Perú). Es decir, tienen la obligación de ser un primer estadío de institucionalización en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a afectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias (Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, 0030-2005-PI/TC).

(Argentina) hay dos artículos que tienen presente el plazo de cumplimiento posible. Uno es el art. 202 inciso 2.d) previsto para las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma, que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios. En este caso, el Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, *integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo* y, de no ser posible, prescribe el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

El más interesante es el art. 208 que dice […]:

> *Artículo 208*.- Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.
>
> Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.

2.4. Como se ve, es un modelo de sentencia atípica aplicado a conflictos normativos; pero hay otros donde se implican hechos que deben subsanarse, como fue también en Argentina el caso "*Verbitsky*"[280] relacionado con la vida interna de las cárceles y las pésimas condiciones como se cumplen las condenas.

Aquí la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro de un proceso constitucional de habeas corpus colectivo, resolvió la inconstitucionalidad de leyes bonaerenses por ser contrarias al art. 18 de la Constitución Nacional y las provenientes del bloque de constitucionalidad agregadas con igual jerarquía por el artículo 75 inciso 22.

[280] Fallos 328:1146

Lo inmediato es la inaplicabilidad por inconstitucional de las normas involucradas, la exhortación implícita es para que cambie la situación.

Del mismo tenor fue el caso "*Rosza*" que declaró la inconstitucionalidad de la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación, que dispuso un sistema de nombramiento de jueces federales suplentes o subrogantes que, al entender de la Corte Suprema, violaba la Constitución. Sin embargo, el tribunal, contemplando las graves y caóticas consecuencias que derivarían de aplicar drásticamente esa declaración de inconstitucionalidad, estableció también que los actos realizados por los jueces así nombrados serían válidos, y que ellos continuarían en sus cargos hasta que cesaran las razones por las cuales fueron nombrados, o en todo caso por un plazo máximo de un año más, término en el que el Congreso de la Nación y el Poder Ejecutivo debían sancionar un sistema de designación de dichos magistrados, compatible con la Constitución, según los lineamientos explicitados por la Corte.[281]

Ahora la solución es la declaración de inconstitucionalidad, que excede el caso concreto porque no se refiere a la nulidad de las designaciones sino a la ilegalidad del procedimiento. Lo exhortativo con aviso está en establecer un plazo de continuidad hasta lograr la regularidad con una norma adecuada.

2.5. En síntesis, la asimetría puede estar en que cuando se tratan *disposiciones normativas*, el control realizado puede ordenar:

a) La inmediata inconstitucionalidad (en cuyo caso no es exhortativa)
b) Diferir la vigencia de la norma hasta que se dicte otra
c) Suspender la presunción de legalidad y/o de constitucionalidad del precepto hasta que por las vías

[281] Fallos 330:2361; cfr. Sánchez Sánchez, Julia, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", en *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2009.

correspondientes de disponga una nueva en sustitución

d) Avisar que de no cumplirse con lo pedido, el Tribunal procederá a abrogar (expulsar por derogación) la normativa cuestionada

Si se consideran *hechos o actos lesivos* contrarios a la Constitución o a disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de igual jerarquía, la decisión podrá:

a) Declarar la inconstitucionalidad normativa correspondiente sin decir nada sobre los efectos contrarios que el afectado hubiera tenido (sentencia declarativa admisoria)

b) Declarar la inconstitucionalidad y emplazar el reencauzamiento dando pautas en la sentencia

c) Declarar la ilegalidad de los actos y disponer con la restauración para evitar que hechos iguales continúen o se repitan.

3. Efectos y alcances

3.1. Más allá de estas contingencias interesa ver cuál es el alcance del aviso o exhortación y la naturaleza que reporta.

En Chile se encuentran pronunciamientos que se relacionan con la interpretación por adición, donde el Tribunal Constitucional se ocupa de señalar inconsistencias o lagunas en la ley que, ante la insuficiente regulación, aconseja legislar sobre ellas. Son sentencias que piden al legislador que complete un texto legal que considera insuficiente o remiso.[282]

La omisión deliberada puede repercutir en la operatividad de los derechos, en cuyo caso la desatención convoca la inconstitucionalidad, dando lugar a una sentencia con dos niveles de decisión: la que denuncia la omisión incons-

[282] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", en *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm 1, Talca, 2004, pp. 113-158.

titucional, y la que exhorta a dictar una ley complementaria.

El pedido puede ir acompañado de instrucciones, o ser una simple advertencia de integración por el Tribunal; en estos supuestos, el modelo de pronunciamiento que dará lugar cuando ocurra, será el de la sentencia aditiva.

El Tribunal Constitucional Peruano ha dicho [...]:

> Los artículos 157 y 161 de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 273 del número legal de miembros del Congreso. Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99 de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.
>
> En esta sentencia exhortativa el Tribunal Constitucional peruano junto con exhortar al Congreso peruano a modificar la Constitución, le fija los principios sobre los cuales debe realizarse la reforma constitucional.[283]

3.2. La notificación de la rogatoria, a su vez, puede estar dirigida al legislador con la finalidad de actuar reparando la inconstitucionalidad o legalidad que se señala; o al Poder Ejecutivo para que sea éste quien actúe en consecuencia.

En Italia se aplica la "*doppia pronuncia*" que consiste en advertir al legislador que en caso de no ejecutar la sentencia dentro del plazo que se señala, se dictará otro pronunciamiento declarando con efecto *erga omnes* la inconstitucionalidad de la norma impugnada.[284]

---

[283] *Idem*.

[284] En Italia, se han terminado llamando a estas sentencias, de manera irónica, "sentenze – delega". En Alemania y Austria se utiliza otra modalidad, al disponerse en la propia sentencia exhortativa que si el legislador no cumple el mandato dentro del plazo señalado en su parte dispositiva, entonces la norma

Todo cuanto se expone lleva a muchas incertidumbres sobre las posibilidades concretas de usar esta forma de resolver. Obsérvese que en lo intrínseco, la sentencia resuelve pero deja en suspenso la ejecución. No es una sentencia sujeta a condición, sino un tipo de declaración que va a depender del proceso constitucional donde se exprese.

Cuando sea una sentencia declarada en cuestiones de constitucionalidad, las partes procesales obtendrán una decisión inmediata (la inconstitucionalidad señalada) pero de ejecución postergada. Por ejemplo, si un partido político cuestiona una ley electoral y consigue vulnerar su legalidad, la sentencia expresará la inaplicación a las partes, y la ejecución hará antesala por el tiempo acordado al legislador o a quien debe reglamentar. De no hacerlo, la norma base del problema quedará expurgada del ordenamiento jurídico, pero no se podrá esperar una sentencia innovativa o con efectos legislativos.

En cambio, si es una cuestión abstracta, la sentencia será declarativa y el aviso actuará en dos sentidos. Si la norma se suspende en sus efectos, queda condicionada hasta que se revoque por el plazo cumplido. Mientras que la continuidad de vigencia estará supeditada a un término perentorio, que se cumplirá cuando se dicte la nueva ley, o se cumpla el lapso para hacerlo.

3.3. La advertencia opera como una medida conminatoria, del tipo que pueden aplicar y disponer todos los jueces. Pero son impropias para generar un deber de acatamiento institucional, o para imponerlas con la aplicación de *astreintes*.

Lo que no se puede forzar es que la ley se cree en los tiempos que el juez considere, más no lo priva de abrogar

---

impugnada, quedará automáticamente anulada a partir del cumplimiento de aquél. Se trata, en suma, de una sentencia de inconstitucionalidad, cuya eficacia anulatoria queda sujeta a una condición suspensiva. Por ello, si la condición suspensiva no llegare a producirse, es decir, si el legislador cumple con la exhortación del juez constitucional, la sentencia estimatoria no surte efectos anulatorios (Hernández Valle, Rubén, "La pro*blemática de las sentencias normativas*", *en* Derecho Procesal Constitucional, t. I, AAVV por Susana Ynés Castañeda Otsu (coord.), 2a ed., Jurista, Lima, 2004, p. 378).

la norma cumplido el período, o sumar una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión.

Sagüés ha dicho que [...]

> La doctrina de las sentencias exhortativas, apelativas o "con aviso" no siempre ha tenido aprobación. En particular las hipótesis de "inconstitucionalidad simple" y de la que denominamos "constitucionalidad precaria", que provocan críticas por la inseguridad jurídica que implica (cuando son bloqueadas) consentir la aplicación de leyes inconstitucionales, o que lindan con la inconstitucionalidad, hasta que se pronuncie la nueva norma rotundamente constitucional. Los partidarios de estas sub especies de sentencias exhortativas, no obstante, advierten que se trata de una doctrina prudente, que mide las consecuencias políticas de las decisiones de un Tribunal Constitucional, que prefiere evitar desastrosos males mayores antes que efectivizar a rajatabla planteos principistas de inconstitucionalidad. De este modo se compatibilizaría la revisión jurisdiccional de constitucionalidad con el principio constitucional del sistema político global, del que la primera es relevante engranaje, pero no el único.[285]

4. Las exhortaciones en la omisión legislativa

4.1. Justamente el conflicto se suscita no solo con la sanción de normas inconstitucionales, sino también cuando se elude la formación de leyes que la Norma Fundamental ordena, o bien, si el Poder Ejecutivo no reglamenta una ley formal.

Sin embargo, no toda omisión tiene igual calibre de importancia que permita conminar una acción positiva.

En efecto, [...]

> No toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de "omisión inconstitucional" susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un mandato constitucional, ya que

[285] Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, noviembre, año 4, vol. 4, núm. 2, Chile, 2006, p. 194.

> el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar. Es decir, debe figurarse una "exigencia constitucional de acción". Este mandato es un supuesto distinto de la "obligación genérica de legislar", que, en sentido amplio, pesa siempre sobre el órgano legislativo. Frente a un mandato cuyo incumplimiento generaría el control, el legislador [...] no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma preceptiva.[286]

Por ello la primera tarea del intérprete será exhortar con los límites propios de la función que cumple y el destino que persigue. Teniendo en cuenta esta dimensión, el juez podrá avisar (advertir) sobre la inconstitucionalidad comprobada, y la necesidad de redactar una norma sustitutiva. En tanto, la eficacia temporal de la medida puede o no quedar en suspenso, y solamente en caso de incumplimiento proceder a declarar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, siendo dificultoso actuar con sentencias que legislen, porque no es esta la función prevista para el control de constitucionalidad.

4.2. Otros, a diferencia de este criterio, creen posible la legislación indirecta. En México, el derecho procesal constitucional local facilita desde las Cartas Orgánicas que se legisle por el Tribunal Superior cuando el legislador omite elaborar la norma necesaria durante los períodos ordinarios de sesiones que a tales fines se establece (v.gr.: Estados de Tlaxcala, Coahuila, Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Chihuahua, entre otros).

En *Ecuador*, el art. 436 inciso 10 de la Constitución Nacional permite a la Corte Constitucional [...]:

> Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado

[286] Sagüés, María Sofía, "Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t, IV, Porrúa, México, 2003, p. 3097.

> razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

En *Colombia* el uso de las sentencias modulatorias aprueba diferenciar entre inconstitucionalidades absolutas (ausencia total de norma) y relativas (necesidad de reglamentos). En las primeras suele impedirse la producción de sentencias que legislen, en las otras, el marco lo viabiliza.

> En aquellos supuestos en los que la inconstitucionalidad de la omisión legislativa proviene de una violación del principio de igualdad, de ordinario la solución se encuentra en una sentencia de exequibilidad condicionada que permita extender la cobertura de aquellos contenidos normativos de los que se predica la omisión, a los sujetos excluidos. Cuando esa solución no es posible, porque la omisión no se desprende de la exclusión de algunos sujetos en circunstancias en las cuales cabía predicar el imperativo constitucional de una identidad de régimen jurídico, se ha planteado la alternativa de una sentencia integradora que permita mantener la disposición enjuiciada en el ordenamiento y superar la inconstitucionalidad derivada de la omisión […] desplazando la lectura afectada de invalidez mediante la proyección, sobre el precepto inferior, de los contenidos de la Carta que, en esas circunstancias, brinda una solución constitucionalmente adecuada, precisa e indudable. Ha considerado la Corporación, sin embargo, que esta solución no cabe cuando no existe un contenido constitucional preciso que pueda proyectarse sobre la norma de la que se predica la omisión para producir una integración que la haga adecuada a la Carta. En esos eventos, como quiera que el contenido de la regulación omitida no puede establecerse con certeza a partir de la Constitución, y existe un ámbito de configuración legislativa dentro del cual el legislador puede optar por distintas alternativas constitucionalmente admisibles a ese efecto, no está en el ámbito de la competencia del juez constitucional fijar directamente el contenido normativo que subsane la omisión.[287]

[287] Sentencia C-208 de 2007 - M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En *Perú* se ha reconocido la tarea impulsoria del Tribunal Constitucional, pero se acotó sensiblemente la producción legislativa a casos de absoluta y extrema necesidad.

Así suele afirmarse que [...]

> Se tiene que evitar la vulneración de poderes en estricta dependencia de la disposición constitucional, cuando exista más de una manera de cubrir el vacío normativo, otorgando un plazo prudencial para actuar conforme a las competencias legislativas, su emisión tiene el carácter de imprescindible, en tanto se pueda generar una inconstitucionalidad de peores consecuencias, el carácter de excepcional debe ser resuelto con la adecuada motivación normativa constitucional requiriendo la mayoría calificada de votos de sus miembros.[288]

4.3. Abreviando, la legislación comparada permite visualizar en las normas programáticas que quedan inactivas por la reglamentación ausente, el uso de decisiones integradoras que forman parte del elenco de sentencias constitucionales atípicas.

La norma es provisoria, pero es ley al fin, y por esta condición viene teñida de grandes resistencias por una aparente invasión de la jurisdicción en un espacio donde no tiene competencia.

> Laura Rangel Hernández[289] elabora una línea de posibilidades para remediar la cuestión. Menciona así los procedimientos siguientes:
>
> 1. Denuncia ante un órgano superior, que implica que vista la omisión legislativa, se haga del conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior;
> 2. La recomendación, donde el órgano superior o de control, simplemente recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor;
> 3. El llamado de atención, como su nombre lo dice, no es más que un extrañamiento a la autoridad omisa;

---

[288] TC del Perú, sentencia N° 0030-2005-PI/TC, Fundamento 61.

[289] Rangel Hernández, Laura, *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional*, Cuestiones Constitucionales, núm. 18, enero-junio de 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 8.

4. La intimación, que implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal;
5. La cobertura, donde ante el incumplimiento de la autoridad el juzgador dictará las bases temporales mientras se expide la ley en cuestión.
6. La cobertura y el resarcimiento, ante el incumplimiento se procede a integrar el orden jurídico y si esto no fuera posible se estipula un resarcimiento a favor del promovente;
7. La compulsión constitucional, se presenta en los casos en que las propias Constituciones determinan que no pueden ser incumplidas por falta de ley reglamentaria, de modo que el juez debe ingeniárselas para resolver la situación de mérito.

5. Naturaleza de la sentencia exhortativa

5.1. Una buena parte de los códigos procesales en materia civil de Latinoamérica, reglamentan como deber de toda sentencia, resolver en forma expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensiones deducidas y disponiendo cuanto corresponda por accesorias y costas.

El enunciado significa que el pronunciamiento ha de ser *expreso*, en el sentido de ser directo en sus formulaciones, sin dar posibilidades a implícitos o sobreentendidos. *Positivo* supone eficacia, o despojado de incertidumbres o insuficiencias, sin ambigüedades ni imprecisiones; lo demás se vincula con el principio de congruencia, es decir, fallar conforme lo que las partes piden, no más ni menos, ni con cuestiones diferentes.

En controversias ordinarias la congruencia se sitúa en el campo del derecho de defensa, donde predomina —aun con variables de adecuación a tono con la verdad que debe develar todo proceso— el principio dispositivo, según el cual son las partes quienes demarcan el campo de intervención del juez, por el brocárdico *debet judex iudicare secundum allegata et probata*.

El principio de congruencia tiene especial importancia, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de petición, ya que éste último exige, que se resuelva sobre lo

solicitado dentro de un plazo razonable y de manera congruente; por lo que la violación a la congruencia, implicaría la violación a tal derecho.

5.2. En un proceso constitucional algunos de los principios desenvueltos pueden aplicarse al procedimiento, entendido como garantías de desarrollo con igualdad y equidistancia; pero el proceso, propiamente dicho, es una garantía que admite formulaciones más precisas, en el sentido de atender con preferencia el deber de los jueces, antes que centrar la atención en las pretensiones propuestas.

Por ello se pueden alterar algunas reglas de la teoría del proceso en orden a los requisitos como se debe pronunciar una sentencia. Se llaman atípicas porque no se alinean con el tipo tradicional de expedición formal y material.

Interesa en la región de las sentencias exhortativas ver si la decisión puede quedar sujeta a condiciones y retrasar el fallo (expreso, positivo y preciso) a un tiempo diferente al que establecen los códigos, sea que venga impuesto por la Constitución (donde se permite este modelo), la ley (cuando ella exista) o el capricho judicial.

Responder afirmativamente significa admitir que el tribunal puede modificar el período de eficacia imponiendo una suerte de condición resolutoria. Esta tesis puede ser razonable si comparamos la validez de la sentencia civil sujeta a recurso, que recién se torna definitiva y ejecutoriada cuando no quedan recursos posibles de articulación.

Sostener lo contrario, puede fundarse en cuestiones donde la jurisdicción no tiene posibilidades de intervenir sin crear controversias constitucionales. Supongamos que se imponga al presidente de una república la obligación de reglamentar una ley promulgada.

En el caso, ya se ha dicho que […]

> La potestad reglamentaria puede ser desarrollada por el Presidente de la República en cualquier momento, pues la Constitución no fija plazo perentorio para su ejercicio. De ahí que la Corte Constitucional de Colombia haya afirmado que […]: "La potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intrans-

> ferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para la que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley".[290]

5.3. Sin embargo, el creador del derecho procesal Giuseppe Chiovenda sostuvo que una sentencia que condiciona su vigencia, no es un pronunciamiento válido ni tiene posibilidad de serlo; solo la declaración de derechos permite configurar el tipo, porque de otro modo, no se ejerce el poder de la jurisdicción al quedar delegada en otro, o diluida en un acto que se espera.[291]

Esta corriente propugna que la sentencia constitucional se expida concretamente, sin condiciones ni miramientos que subordinen la potestad de juzgar a un acto de cumplimiento incierto.

La tesis contraria proviene del derecho procesal constitucional que, basándose en la configuración de sentencias atípicas, faculta al tribunal a dividir la disposición en dos partes con efectos discrecionales. La primera sección es declarativa y versa sobre la inconstitucionalidad de efectos inmediatos para las partes y postergados para otros. La segunda refiere a la exhortación, propiamente dicha, en la que se avisa al poder reglamentario que debe actuar sobre el vacío legal.

Este segundo tramo es el más cuestionable, porque toda sentencia constitucional, por vía de principio, extiende su eficacia *erga omnes*, y la suspensión de vigencia a terceros se condiciona a una actividad recomendada pero nunca obligatoria.

5.4. Una vez cumplido el plazo legal para crear la legislación ausente o complementar la exigua, continúa el problema de la naturaleza jurídica de la sentencia exhortativa, que al llegar a esta etapa debe quedarse en lo declarativo del primer tramo, o explicar seriamente los motivos por los

---

[290] Sentencia C 302/99.

[291] Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. 2, Reus, Madrid, 1977, p. 87.

que, ahora, puede dictar una sentencia integradora de tipo legislativo.

La cuestión tampoco se queda en resolver si puede o no crear derechos desde la sentencia, porque la ausencia legal no autoriza a juez alguno a implantar con el argumento de la necesidad. Quedan, pues, al margen los supuestos en que la anomia es consecuencia de la legítima voluntad de creación de un espacio libre de la ordenación normativa y aquéllos en que la inexistencia de una norma formal específica sólo es condición implícita para la aplicación de una norma subsidiaria.[292]

Con este sobrentendido queda expuesta una línea divisoria que proviene del sistema de control de constitucionalidad. Vale decir, donde haya control concentrado, la omisión que provoca el vacío normativo es siempre el resultado de la interpretación posible que pueda hacer el Tribunal o Corte Constitucional que atiende el sistema en su integralidad; pero en el control caso por caso, propio del mecanismo difuso, la casuística no concede al juez constitucional ese poder de legislar.

Bien advierte Requejo Pagés que [...]

> Las anomias reprochables al legislador son, por tanto, ausencias de normación percibidas como vacíos por el intérprete de la Constitución, quien identifica en ésta un mandato de legislación desatendido por el legislativo. Se distinguen así de las lagunas, que son vacíos advertidos por el intérprete de la ley al aplicarla en los términos que cabe deducir racionalmente de la voluntad de un legislador sistemático y con cuyo remedio mediante una normación *ad casum* no se pretende contradecirla, sino, justamente, realizarla [...]
>
> Existe una cierta unanimidad en la idea de que la Constitución puede imponer a los legisladores la obligación de legislar; también en que la inobservancia de ese mandato no puede ser jurisdiccionalmente sancionada si

[292] Juan Luis Requejo Pagés, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional -Ponencia del Tribunal Constitucional de España*, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, España, 2008, p. 8.

> se trata de un incumplimiento u omisión absolutos, pero sí cuando se ha dado un cumplimiento deficiente (omisión relativa). La cuestión se concreta así en la calificación de cada concreta inconstitucionalidad como un supuesto de acción (insuficiente) o de omisión (relativa), en el entendido de que la reacción frente a las omisiones absolutas sólo cabe si la Constitución permite entonces la autoaplicación de alguna de sus normas propias. Pero el verdadero núcleo de interés radica en el alcance de los remedios jurisdiccionales frente a la omisión legislativa contraria a la Constitución, para lo que es determinante la definición de la posición institucional del Tribunal Constitucional con respecto al legislador y la función legislativa.[293]

5.5. A tenor de lo expuesto, la exhortación se erige como modelo de las sentencias atípicas dando lugar a un pronunciamiento con características (que veremos en el parágrafo siguiente) poco frecuentes.

La condición de resultado de un proceso donde la esencia y finalidad es dotar de plena eficacia al control de constitucionalidad —y de convencionalidad— deriva en el compromiso inmediato de declarar toda violación a la Norma Fundamental. Al mismo tiempo, la interpretación conforme aplicada en casos concretos puede llevar a declaraciones de inaplicabilidad. Hasta aquí el patrón que sigue la construcción de la sentencia constitucional no tiene contratiempos formales.

Sin embargo, intrínsecamente es de dudosa implementación práctica advertir una inconstitucionalidad singular que solo sea producto del caso concreto; o lo es para todos o para ninguno.

5.6. Entonces, cuando la declaración expresada exhorta a suplir la laguna legal o a prescribir sobre el vacío normativo, se abren senderos conflictivos.

Por uno, la jurisdicción conserva el control en abstracto y mantiene el carácter declarativo de la sentencia, de-

[293] Juan Luis Requejo Pagés, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional, Ponencia del Tribunal Constitucional de España*, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, España, 2008, p. 12.

jando a la exhortación como un aviso o admonición al obligado constitucionalmente a la actividad legislativa reglamentaria.

Por otro se zambulle el juez a un activismo riesgoso que es legislar con la sentencia. El que avisa no traiciona dice el proverbio, y pareciera que este débil justificativo sería bastante para convalidar el decisionismo.

> En el control difuso que tiene Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizó en la causa "Halabi"[294] este permiso excepcional, basándose en que […] el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común (confr. doctrina de Fallos: 247:601 y, entre otras, causa F.1074.XLI "*Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria*", sentencia del 6 de mayo de 2008). Es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue.[295]

5.7. En Argentina, las sentencias del modelo no son más que orientaciones o bases de acción sin ninguna eficacia legal, aunque consoliden una doctrina legal. Ello es propio del control de constitucionalidad radicado en todos los magistrados, y donde la jurisprudencia de cierre que practica de manera excepcional la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es de revisión pero sin poder vinculante de su jurisprudencia.

Por ejemplo, la citada causa "*Halabi*" señaló que la ausencia de normas que reglamenten el proceso colectivo,

---

[294] Fallos 332:111.

[295] Fallos 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros.

tornaba indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la "acción colectiva", se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar.

Es por ello que esta Corte entiende que [...]

> La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten.[296]

6. Modalidades de la sentencia exhortativa. La sentencia manipulativa

6.1. La sentencia exhortativa admite modulaciones, en el sentido de poder adoptar temperamentos diferentes referidos al tiempo cuando se pondrá en vigencia la decisión. También se pueden llamar *sentencias manipulativas*, entendiendo que con ella es posible maniobrar o actuar desde una perspectiva constitucional diferente al de manipular la interpretación conforme a conveniencias políticas.[297]

---

[296] Fallos 332:111.

[297] Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 2, año 4 (noviembre), Centro de Estudios Constitucionales, Santiago (Chile), 2002, pp. 189-202.

Para Olano García estas sentencias son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, donde se hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte, con la consecuencia adicional que si ello no ocurre, el Tribunal aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.[298]

6.2. Hay tres cursos posibles de tomar para los efectos:

a) Sentencias de anulación inmediata postergando el fallo de inconstitucionalidad.
b) Sentencias que retrasan la ejecución del pronunciamiento por un cierto tiempo o sujeta a condiciones que se deben cumplir.
c) Sentencias delegativas que señalan la inconstitucionalidad y dan pautas para su corrección por el órgano competente.
d) Sentencias que delegan sin instrucciones pero con plazos a cumplir anunciando la abrogación de la norma cuando se consuma el término acordado.

7. Sentencias exhortativas de inconstitucionalidad diferida

7.1. Cuando se encuentra en la norma o acto cuestionado el agravio constitucional que determina su invalidez, la pronta determinación puede tener al menos dos posibilidades. Una relacionada con el objeto en sí mismo, donde se vuelve a descubrir la relación entre nulidad e inconstitucionalidad (nulidad de la relación jurídica e inconstitucionalidad de los efectos); y otra que se vincula con la concordia de relaciones entre poderes, facultando al juez o tribunal para que, en lugar de declarar la inmediata invalidez constitucional, le confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

[298] Olano García, *Tipología de las sentencias constitucionales*, cit., p. 581.

Esta suspensión temporal de los efectos derogatorios se asimila a la *vacatio legis* o cesación temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada. La diferencia está en que, antes de decretar la inconstitucionalidad que elimina del ordenamiento jurídico a la norma, se ofrecen alternativas de solución.

> La finalidad de retrasar la entrada en vigor de los fallos de inconstitucionalidad por parte de los Tribunales Constitucionales es evitar que la inconstitucionalidad declarada provoque un vacío normativo que puede resultar más problemático o lesivo que la inconstitucionalidad misma; se afecten ámbitos materiales muy sensibles que agraven aún más la situación que se pretende restituir o reparar con la inconstitucionalidad decretada, o se creen situaciones no sólo conflictivas sino insostenibles que pueden resultar más perjudiciales que las que ocasionaría mantener el régimen jurídico declarado inconstitucional por un tiempo más. O como lo dijo esta Corte, evitar que como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad se produzca "una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales". Cuando alguna de estas u otras situaciones similares se presenta, el juez constitucional declara la inconstitucionalidad y emplaza al legislador para que dentro de un término razonable "corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada". Si el legislador no expide la ley correspondiente en el plazo señalado, la inconstitucionalidad comienza a producir sus plenos efectos, lo que significa que las disposiciones declaradas inconstitucionales desaparecen del ordenamiento respectivo y, obviamente, no podrán ser objeto de aplicación en ningún caso.[299]

7.2. La prórroga de la norma que se encuentra inconstitucional obedece a pautas de hermenéutica como la *deferencia razonada*, consistente en que los poderes públicos se deben una actitud permanente y reciproca de respeto y cortesía, demandando de cada órgano del Estado el reconocimiento de las esferas competenciales en que los anteriores tienen derecho a tomar decisiones con relativa autonomía.[300]

---

[299] Corte Constitucional de Colombia, Auto 311/2001.

[300] Peña Torres, Marisol, "El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa", *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 4, Universidad de Talca, 2006, pp. 173-184.

Esto no significa que la regla de urbanidad deje en estado latente la inconstitucionalidad, ya que en nuestra opinión la norma deja de tener efectos inmediatos en el caso concreto, sólo que la corrección del vicio se posterga para que se pueda emitir un texto válido.

> Lo anterior implica un ejercicio de interpretación razonable y prudente por parte del Tribunal Constitucional dado por que debe situarse esta magistratura con moderación a fin de evitar interpretaciones destempladas, o de abstenerse de una declaración de inconstitucionalidad de una norma en aquellos casos que podría generar una inconstitucionalidad de mayor envergadura. Valenzuela sostiene que es un tipo de interpretación razonable que admite exhortar al poder legislativo sobre los vacíos que se observan en determinados proyectos de ley con el objeto que se legisle sobre ellos para una debida aplicación del respectivo cuerpo legal.[301]
>
> Este criterio es llamado por Humberto Nogueira de "interpretación previsora" señalando que debe tenerse presente por el tribunal las consecuencias de su decisión jurisdiccional para el caso concreto y para el conjunto de la sociedad (Bien común). "Esta perspectiva equilibrada no puede marginar de la decisión consecuencias económicas, políticas y sociales".[302]

7.3. El diferimiento de los efectos del fallo de inconstitucionalidad no significa que la ley demandada no haya sido objeto de juzgamiento constitucional, ya que en el momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en un primer lugar se hace el estudio de validez formal y sustancial, como se enjuicia con el criterio aplicado (argumentación y justificación) para dar paso al principio de conservación constitucional de las leyes (principio de ejecutividad) que admite mantener la vigencia de la norma para que el legislador reforme, modifique o llene

---

[301] Valenzuela Somarriva, Eugenio, *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2005, p. 36.

[302] Nogueira Alcalá, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de Derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006, p. 53.

el vacío correspondiente con una norma o legislación que se corresponda con la Constitución.

> La modulación de los efectos temporales de los fallos, y en particular las sentencias de constitucionalidad temporal, lejos de ser instrumentos contradictorios, buscan consolidar un control constitucional vigoroso pero prudente y responsable. Además, este tipo de sentencias crea un diálogo fecundo entre el juez constitucional y el legislador, pues la decisión de exequibilidad temporal, en vez de cerrar la discusión social sobre el tema, impulsa un nuevo examen democrático del mismo por parte de Congreso. De esa manera, al acudir a esa forma de decisiones, el juez constitucional vigoriza y cualifica la deliberación social sobre los asuntos comunes, con lo cual la soberanía popular y el principio democrático no pueden sino verse fortalecidos.[303]

7.4. En Argentina, el modelo de sentencia constitucional de efectos diferidos aparece con los casos "*Badaro*" en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el sistema de ajuste de haberes jubilatorios dispuesto por el Estado no respetaba el principio de movilidad contemplado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Pero en lugar de determinar ella misma a cuánto debía ascender la actualización monetaria del caso, para el caso singular discutido en ese expediente, encomendó a los poderes Ejecutivo y Legislativo, a quienes corresponde en principio dictar las normas pertinentes, a que lo hicieran —de modo general— en un plazo razonable.

> Explica Sánchez y Sánchez que […]: "Para resolver de ese modo, la Corte invocó las siguientes razones: (i) trascendencia de las cuestiones planteadas; (ii) las actuales condiciones económicas, que demandan una evaluación cuidadosa; (iii) la necesidad de adoptar "medidas de alcance general y armónicas", por la complejidad del gasto público y las necesidades a satisfacer.
>
> El fallo incluyó la mención de una futura segunda sentencia, que calificó como diferida, después del informe

[303] Sentencia C 737/01 (Colombia).

que debía brindar la demandada (Agencia Estatal de Seguridad Social) sobre el aumento que tenía que otorgarse al jubilado.

El caso Badaro ha motivado diversas críticas. Por un lado, hay quienes vieron en él una suerte de evasión dilatoria de la Corte, al no resolver en concreto y puntualmente cuál era la cifra que debía cobrar. Desde otra perspectiva, sin embargo, se lo visualizó como una sentencia prudente y previsora, que procuraba moderar los efectos de un control de constitucionalidad inter partes, con soluciones que podían ser dispares según los distintos juzgados que resolvieran cada petición de cada uno de los miles de jubilados que se encontraban en situación similar que el actor Badaro. La Corte, en definitiva, buscó una solución global y la encomendó a quienes, según la Constitución, deben actualizar los haberes jubilatorios (en primer lugar, el legislador), quienes debían suministrar una respuesta que tuviese en cuenta los intereses y derechos de los jubilados con las posibilidades presupuestarias y las políticas generales del Estado.De hecho, el 26 de noviembre de 2007 la Corte dictó la segunda sentencia —"diferida"—, y ordenó actualizar en concreto los haberes provisionales del actor Badaro, con el mecanismo de variaciones salariales elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, al reputar insuficiente el aumento global de jubilaciones dispuesto por los poderes Ejecutivo y Legislativo".[304]

8. Sentencia exhortativa de tipo aditiva

8.1. El pronunciamiento requiere al órgano competente y le da instrucciones sobre los puntos en conflicto. Solo puede insinuarlos o dar precisiones en el texto de la sentencia que se comunica.

García Tomá las presenta dentro del cuadro de las *sentencias instructivas*, que son aquellas que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en dis-

[304] Sánchez – Sanchez, Julia, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino, en Revista Cuestiones Constitucionales", núm. 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2009, p. 169.

cusión. 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.[305]

Las características centrales del fallo son: la exhortación al legislador para que actúe en consecuencia; y la advertencia sobre el deber legislativo de corregir.

La indicación podrá quedar centrada en significados o precisiones sin señalar que la norma es inconstitucional (sentencia aditiva típica); en cambio cuando esto se declara, la advertencia de legislar se relaciona con el principio de igualdad con el fin de conseguir que la norma tenga equivalencia de situaciones, sin discriminaciones arbitrarias.

> En diversas ocasiones, se definieron cuáles son los factores que hacen necesario el uso de esta clase de juicio: en primer lugar, si se limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas; segundo, si es utilizado un criterio prohibido o "sospechoso" como elemento de la diferenciación; tercero, si se trata de asuntos en los que la Constitución señala mandatos especiales de igualdad; y finalmente, cuando se trata de poblaciones que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. En lo que concierne al segundo factor mencionado, la Corte constitucional ha precisado que hay criterios constitucionalmente neutros, y que pueden entonces ser ampliamente utilizados por las autoridades, pero existen categorías, que han sido denominadas "sospechosas", por cuanto son potencialmente discriminatorias y por ende se encuentran en principio prohibidas. Y, según la jurisprudencia de dicha Corporación, pueden ser consideradas sospechosas y potencialmente prohibidas aquellas diferenciaciones: (i) que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; además (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; (iii) esos puntos de vista no constituyen, per se, criterios con

[305] García Tomá, *Las sentencias: Conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, cit., p. 7.

> base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Finalmente, (iv) se ha admitido también que los criterios indicados en el artículo 13 superior deben también ser considerados sospechosos, no sólo por cuanto se encuentran explícitamente señalados por el texto constitucional, sino también porque han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.[306]

8.2. Las sentencias de inconstitucionalidad encuadradas en este tipo, también se denominan *estipulativas*, porque tratan desde la interpretación de acordar con el legislador una serie de conceptos, alcances y definiciones que no podrán estar ausentes en la redacción futura.

Tienen una lógica diferente en el modelo de control difuso, porque a pesar de ser decisiones que se toman para el caso concreto, delinean desde la recomendación una suerte de expansión de la cosa juzgada con efectos *erga omnes*.

> Por ejemplo, en *Itzcovich*, al declarar inconstitucional el recurso ordinario de apelación ante la propia Corte dispuesto por el párrafo primero del artículo 19 de la Ley 24.463, siguiendo a otros antecedentes resolvió que "las causas en que haya sido notificada la sentencia de Cámara (de Apelaciones) con anterioridad al momento en que el presente pronunciamiento quede firme, continuarán su tránsito con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone. A su turno, en *Rosza*, la Corte Suprema difirió la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, a un año del fallo, por las consecuencias caóticas que podría provocar la inmediata aplicación de una declaración de inconstitucionalidad, dentro del sistema judicial argentino. Se trata de un fallo con efectos diferidos, donde el Tribunal realiza una drástica aplicación de la doctrina de la interpretación previsora de la Constitución, vale decir, medidora de las consecuencias y verificadora de los resultados de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.[307]

---

[306] Sentencia C 892/12 (Colombia).

[307] Sánchez – Sanchez, Julia, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", en *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2009, p. 172.

9. Sentencia exhortativa delegativa con régimen transitorio

9.1. La delegación referida se relaciona con la vigencia transitoria de una sentencia de tipo normativo (v.gr.: Caso *Halabi* de Argentina) hasta que el poder legislativo sancione la ley necesaria, o sustituya la declarada inconstitucional.

La precariedad del régimen establecido en el fallo necesita del complemento normativo, desde que el tribunal constitucional —o el juez constitucional— no es un legislador de emergencia, ni tiene facultades delegadas que se lo permitan.

Aquí también hay dos caminos eventuales. Uno mantiene en suspenso la vigencia de la ley vulnerada (constitucionalidad temporal o condicionada) , acordando un plazo hasta la regulación definitiva; y otro que, tratándose de omisiones inconstitucionales pone en vigencia un reglamento transitorio.

9.2. El tránsito por esta etapa puede ser difícil al estar en juego el equilibrio de poderes, tanto como el deber de acatamiento de un poder que se puede colegir como indelegable.

Hay distintas situaciones posibles:

a) Cuando el poder delegado no sanciona en el período acordado o dentro de un plazo razonable, la norma cuya sanción fue ordenada.

En Perú, el Tribunal Constitucional resolvió la necesidad de investigar los hechos de terrorismo que asolaron el Estado, y establecer el régimen punitivo correspondiente que no estaba sancionado. Por ello dijo que [...]

> La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia. Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes pú-

blicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de "construir", para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

Tras las atrocidades de las agrupaciones violentistas apareció también, residualmente, un comportamiento estatal innoble a la causa de los derechos humanos, infecundo para la cimentación de los valores democráticos y ofensivo a las leyes del Creador. En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva.

Consustancial a ello es, también la necesidad de conocer la verdad y la búsqueda de la justa sanción a los responsables de hechos ignominiosos. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de los derechos humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere, entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional.

No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307º de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido

> al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado. En ese contexto, se dictaron los decretos leyes impugnados. Tales actos emanados del gobierno de facto encabezado por el ingeniero Alberto Fujimori, fueron convalidados, posteriormente, por el Congreso Constituyente Democrático, así como el referéndum del 31 de octubre de 1993, y sucesivos procesos electorales, de cuya transparencia, el Tribunal Constitucional, en este proceso, no se pronuncia".[308]

El resultado hipotético es la regulación indirecta y la abrogación de la norma si se tratara de una sentencia de inconstitucionalidad.

b) Cuando hay mora evidente en la reglamentación esperada y/o se da un supuesto de omisión inconstitucional

En el caso puede ser que sea clara la omisión en el deber de legislar; o que se encuentren cumplido largamente el plazo razonable que dispuso la sentencia constitucional en el aviso o exhortación.

La comunicación no cumplimentada permite continuar con la legislación jurisprudencial como si fuera un régimen de emergencia, salvo en los sistemas de control difuso de jurisprudencia no vinculante, en las que se daría un conflicto de competencias.

c) Cuando al lado de la sentencia constitucional se recomiendan pautas o adiciones según se trate de pronunciamientos estimatorios o desestimatorios respectivamente.

> En Ecuador la denominada inconstitucionalidad por omisión u omisión inconstitucional, se constata en los casos siguientes:
>
> La disposición transitoria vigésima séptima de la Constitución vigente establece que "La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema". Pues bien, el referido plazo de cuatro años feneció el 10 de Agosto

[308] Tribunal Constitucional del Perú, expediente N.º 010-2002-AI/TC,en autos "*Lima, Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos*".

del 2002 y, con la excepción de algunas normas del nuevo Código de Procedimiento Penal y las últimas reformas al Código de Trabajo (RO. #146 del 13-VIII-2003), la legislatura no ha aprobado las leyes que hagan viable el sistema oral, ni la Función Judicial ha adecuado sus dependencias para adaptarlas al nuevo procedimiento.

El artículo 191 de la Constitución ordena la unidad jurisdiccional y, concordante con ello, la disposición transitoria vigésima sexta determina que todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial. Para cumplir este objetivo, la Constitución señala que el Consejo Nacional de la Judicatura debe remitir al Congreso Nacional para su análisis y expedición, los proyectos de ley que modifiquen las leyes pertinentes. Resultado: salvo en el caso aislado del nuevo Código de la Niñez, el Congreso Nacional no ha dictado las leyes que hagan realidad las señaladas disposiciones constitucionales.[309]

[309] Castro Patiño, Iván, *Inconstitucionalidad por omisión*, Guayaquil, 2003, p. 234.

CAPÍTULO XIII
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

1. Planteos e interrogantes

1.1. Se planteó antes de ahora que la cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes), obligando a responder varios interrogantes sobre los alcances que supone esa desigualdad.

Las cuestiones comienzan con la necesidad de tener una definición propia que pueda delimitar el significado de cosa juzgada constitucional, para comprender si es igual al precedente vinculante o tiene la fuerza normativa de una ley, según se entienda el modelo o sistemas para el control de constitucionalidad.

1.2. De igual modo, plantea dudas saber si lo irrevisable se concreta cuando la sentencia es admisible, no siéndolo cuando es desestimatoria ; y en su caso, contestar si la cosa juzgada se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Dice González Perez que […]

> "Dada la amplitud de efectos que se reconocen a la sentencia en el proceso constitucional, aquel principio procesal (la vinculación a las partes de la cosa juzgada), sólo se aplicará a los supuestos en que la sentencia se limite a la estimación subjetiva de un derecho, en todos los demás supuestos, la sentencia del Tribunal Constitucional, sea estimatoria o desestimatoria, producirá efectos (jurídico-materiales y jurídico-procesales) *erga omnes*".[310]

[310] González Perez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 169.

1.3. Además, surgen inseguridades para zanjar cuánto involucra la definición final, en el sentido de poder asegurar que abarca los fundamentos de la sentencia o solo la parte dispositiva.

> La corte Constitucional de Colombia en sentencia SU-640 de 1998, se pronuncia frente al este asunto, de los efectos de la cosa Juzgada y parte del concepto de supremacía constitucional y de las funciones que ha otorgado este ordenamiento supremo a dicha corte por lo cual definió […]: "La Constitución Política se postula a sí misma como "norma de normas" (C.P. art. 4). El orden jurídico se reconoce como un todo primeramente en la Constitución, y a partir de ella se desarrolla dinámicamente por obra de los poderes constituidos, pero en este caso dentro del marco trazado y con sujeción a los principios y valores superiores. No podría la Constitución orientar el proceso normativo y el conjunto de decisiones que se derivan de su propia existencia, si sus preceptos no fuesen acatados por todas las autoridades y las personas. La Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene asignada la misión de mantener la integridad y la supremacía de la Constitución de lo cual depende que ésta pueda conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos".
>
> En la sentencia C-131 de 1993, (Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero), se expresó que no todo lo formulado en las sentencias adquiría el carácter de vinculante, aun cuando, contrariamente a lo sostenido por el Consejo de Estado, se estableció que la obligatoriedad de las sentencias no se restringía a la parte resolutiva. Para el efecto, se expuso que la cosa juzgada se manifestaba en forma explícita e implícita, en la parte resolutiva del fallo y en la *ratio decidendi*, respectivamente.

2. Diferencias con la cosa juzgada común

2.1. Un proceso común se entabla entre partes diferenciadas, debidamente acreditadas ante la jurisdicción para acceder al derecho a ser parte, y desde allí poder reclamar el cumplimiento de pretensiones, sobre las cuales el juez o tribunal deberá pronunciarse (principio de congruencia),

una vez que los hechos hayan sido suficientemente confirmados.

La sentencia resolverá para quienes hubieran alegado y probado, y la decisión hará cosa juzgada en dos niveles. Se llama cosa juzgada objetiva la que se relaciona con las pretensiones satisfechas; y *res judicata* subjetiva la que vincula a quienes fueron partes procesales en el proceso determinado.

La cosa juzgada impide que se modifique la decisión en esos dos carriles, una vez que estuviera precluido el tiempo para deducir impugnaciones. Firme la sentencia quedará ejecutoriada.

La eficacia de la cosa juzgada radica en la inmutabilidad que genera seguridad jurídica y previsibilidad.

2.2. La cosa juzgada constitucional es el resultado que proyecta una sentencia de igual tipo. Podrá ser un proceso constitucional modelo (v.gr.: amparo, habeas data, acción de inconstitucionalidad; recurso de protección; etc.), o una actuación preventiva (control abstracto), o también la decisión de cierre adoptada por el órgano jurisdiccional que, ejerciendo la función de Tribunal Constitucional (puede serlo una Corte Suprema en el modelo difuso típico, como Argentina o México).

Esta primera acepción hace coincidir el carácter de la sentencia con el órgano que la emite, de donde surge que es sentencia constitucional la que emite una Corte o Tribunal Constitucional.

> La Constitución colombiana en su artículo 243 determina que "Los fallos que la Corte (Constitucional) dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución". A su vez, el Decreto 2067 de 1991 que regula el procedimiento de inconstitucionalidad en Colombia, en su artículo 21, precisa que: "Las sentencias que profiera la Corte Constitu-

> cional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares", todo ello en armonía con el artículo 45 de la Ley Estatutaria 270 de 1996. El parágrafo 2º del artículo 21 en consideración agrega que: "La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios no obsta para que esta sea demandada posteriormente por razones de fondo. El artículo 23 del Decreto 2067 añade que: "La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia", todo ello en armonía con el art. 48 de la Ley Estatutaria 270.[311]

2.3. Pero esta definición puede no resultar precisa y con muchas inseguridades de encuadre si ella se pretende aplicar al juez constitucional indirecto, llamado así al que interviene en procesos constitucionales donde la competencia que ejerce es ordinaria (propio del sistema difuso).

Inclusive, también se puede suscitar en sistemas donde el control se distribuye en un modelo de alternativas, es decir, cuando la aplicación del principio de la supremacía constitucional lo desempeñen jueces comunes (control difuso) y órganos centralizados (control concentrado).

En consecuencia, la cosa juzgada constitucional se podría derivar al objeto relacionado estrictamente con la relación jurídica que fue tratada en el litigio. De este modo, la *res judicata* se instala como excepción inhibitoria o defensa de fondo, posible de interponer al encontrar que existe identidad de pretensiones o de causa justiciable.

En este aspecto, no hay asimetrías en la cosa juzgada. Vale decir, entre la que se desprende una causa común y otra constitucional, no hay diferencias.

2.4. La contingencia de aplicar los principios y presupuestos de la teoría del proceso a la sentencia constitucional y sus efectos, no es posible apenas se observa que la sumatoria de divergencias se multiplica.

---

[311] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, pp 113-158.

En nuestra opinión hay una teoría de la sentencia constitucional que permite diseñar una explicación puntual para la cosa juzgada constitucional que surge de distintas manifestaciones de la jurisdicción especializada, o del mismo juez ordinario en función constitucional.

Un vocablo común que aplica la doctrina para dar a entender dichas particularidades es el de "*modulación de las sentencias*", desde el cual se deducen muchas singularidades que sirven para definir un estándar.

Ellas se pueden confrontar en algunos de estos aspectos:

a) *Que la sentencia resuelva solo para las partes en conflicto, en las que el tránsito hacia la cosa juzgada inhibe solamente a quienes han sido partes*. Aunque también se sostiene que se puede proyectar una eficacia refleja que trasciende a los litigantes para considerar la concordancia objetiva e impedir así que se reitere el planteo.

b) *Que la decisión se tome con efectos erga omnes*, en cuyo supuesto la imposibilidad de repetición se da para todos. El efecto normativo de este tipo de pronunciamiento no repara en las personas, sino en el derecho, de manera que puede quedar impactado con la llamada "eficacia temporal" de la cosa juzgada que impone límites ajustados a la realidad cuando se juzga.

c) *Que la sentencia sea desestimatoria*, ofreciendo según los motivos del rechazo, diversas situaciones de estudio. Si la inadmisión es por razones formales, la cosa juzgada, por vía de principio, admitiría replanteo. Cuando la denegación se funda en la improcedencia del derecho y se dan fundamentos para ello, la cosa juzgada sería material o definitiva. Cuando la declaratoria de constitucionalidad de una norma, carece de argumentación bastante, el déficit tiene como consecuencia que la decisión pierda 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.[312]

d) *Que la sentencia sea el resultado del control abstracto*, en los que se dividen escenarios entre los que alcanzan *cosa*

[312] Sentencia C 245A/2012 (Colombia).

juzgada absoluta cuando comprende todas las situaciones comprendidas en el caso, y *cosa juzgada relativa* en la que solo parte de la sentencia consigue ese *status*, sea por indicación expresa de la sentencia o por omisión de hacerlo.

> La cosa juzgada relativa se presenta de dos maneras: -*Explícita*, cuando la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro; es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutiva de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada, porque "mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta". -*Implícita*, se presenta cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutiva no se indique dicha limitación, "en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutiva y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos".[313]

e) *Que la eficacia refleja de la sentencia trascienda por sus efectos generales*, en cuyo caso el problema será resolver si los demás poderes (ejecutivo y legislativo) quedan impedidos de actuar en forma opuesta a los designios que la decisión adopta.

> En la obra de Raúl Bocanegra[314] se reconoce que la posición y funciones del Tribunal Constitucional impiden considerar el efecto de sus sentencias desde una óptica meramente procesal, e implican tener en cuenta el "derecho material constitucional", realizando así una concordancia práctica entre seguridad jurídica y dinamismo hermenéutico, entre vinculatoriedad y apertura al cambio, valores estos sobre los que

[313] Corte constitucional, Sentencia C-774 de 2001 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar.

[314] Bocanegra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1982, p. 35.

debe girar cualquier propuesta en la eficacia de las sentencias constitucionales. El autor dedica atención especial al sistema de efectos consagrados en el derecho alemán centrado el problema en tres aspectos: la posible existencia de una cosa juzgada no reconocida expresamente en la normativa constitucional o legal; la delimitación de los conceptos de vinculación, fuerza de ley y cosa juzgada, y, por último, la posible fuerza de ley de las sentencias desestimatorias.[315]

Se ha sostenido por esta Corte, que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico. No obstante, la Corte ha precisado que los efectos de la cosa juzgada constitucional no son siempre iguales y que existen varios tipos que pueden, incluso, modular los efectos vinculantes del fallo: "i) formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; iii) absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confronta la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limita expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta y, iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior".

3. Límites subjetivos de la cosa juzgada

3.1. La cosa juzgada divide su presencia en tres partes bien diferenciadas. Los sujetos que intervienen en la litis;

[315] De la Vega, Augusto Martín, *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, núm 68, Bogotá, 2002, p. 82.

el objeto que ellas presentan en la controversia, y la causa que persigue una sentencia favorable. La primera se refiere a los límites subjetivos de la cosa juzgada, en las que si fuera aplicada la teoría general del proceso, se podría afirmar que refiere a la teoría de las "justas partes", es decir, a que solo pueden estar en el proceso quienes acrediten derechos e intereses propios, y eventualmente de terceros a quienes se pueda representar adecuadamente.

Esta visión construye el proceso constitucional como si fuera una réplica del juicio ordinario; de allí su equívoco y natural error al querer espejar el tipo de cosa juzgada que se alcanza.

3.2. Hay varias situaciones que se deben contemplar. Cuando se trata de un conflicto contra una autoridad pública o un particular que produce la afectación de un derecho constitucionalmente protegido, la vía pertinente podrá ser el amparo (v.gr.: tutela, protección, mandado de segurança, o similares) y la decisión tendrá que forjar su definitividad de conformidad con las condiciones como el debate fue dado.

Esto significa que al no tener el proceso constitucional una lectura unívoca y padecer de una reglamentación desequilibrada en toda Latinoamérica, mientras algunos los ven como procesos por excelencia para la protección y resguardo de los derechos fundamentales; otros aseguran que se deben conservar —en subsidio— vías alternativas o paralelas que puedan afianzar la tutela judicial efectiva del derecho o garantía lesionado.

Por eso, en Argentina, es común afirmar que el conflicto sólo interesa al derecho de las partes —es decir, al recurrente portador del derecho subjetivo y al poder público que provoca el acto lesivo— de allí que la extensión de la cosa juzgada se limite a los comparecientes. Lo cual no impide que, si hay otras personas, titulares de una relación jurídica distinta, pero similar en cuanto a los hechos esclarecidos, puedan plantear una demanda de amparo independiente, persiguiendo iguales efectos que los ya resueltos en el caso anterior.

La extensión de la cosa juzgada juega aquí no como una proyección que se aplica instantáneamente, sino en tal caso, como antecedente que resuelve la doctrina del *stare decisis* (precedente obligatorio), por el cual, sólo debe demostrarse la equivalencia entre hechos y derecho, para utilizar las consecuencias ya juzgadas en el caso invocado como previo. En este aspecto, la cosa juzgada obra positivamente como antecedente, antes que como obstáculo para el replanteo.

> No hay que confundir a la parte a la que la sentencia le viene imputada como cosa juzgada suya y propia, que a los terceros que les viene imputada la cosa juzgada como cosa de otros, y que les repercute sólo en la medida que exista una conexión de relaciones jurídicas. Por otro lado, tampoco hay que olvidar que para entender correctamente la ampliación subjetiva de la cosa juzgada, hay que estudiar el problema no tanto en relación con una mayor amplitud o eficacia del instituto de la cosa juzgada, cuanto en relación con una mayor ampliación del concepto de parte. De esta forma, la diferencia aparece en que las partes consiguen un efecto jurídico material de la sentencia, que les resulta propio en cuanto les resuelve la aplicación de un precepto jurídico sobre el cual dudaron en su legalidad constitucional; mientras que los terceros obtienen de la declaración genérica de constitucionalidad un juicio tal que se traduce objetivamente para todos.[316]

La parte negativa es la confusión que produce, al estar reglamentado en el art. 13 de la ley 16.986 que: "*La sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo, dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes con independencia del amparo*".

Esta disposición parece dividir la cosa juzgada del proceso constitucional respecto de las vías concurrentes; aunque para nosotros se puede entender que la ley distingue

[316] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2002, p. 483.

la posibilidad de reedición según se haya hecho lugar a la pretensión (cosa juzgada material); se rechace la demanda (cosa juzgada material); o la desestime por cuestiones formales (cosa juzgada formal). En los dos primeros casos la sentencia es definitiva e irrecurrible, mientras que en el restante admite el replanteo.

3.3. La cuestión difiere en el llamado amparo colectivo que se caracteriza en dos momentos: la legitimación procesal (acceso a la justicia) y el alcance de la cosa juzgada (salida del proceso constitucional). La primera porqué habilita a cualquier habitante (toda persona, dice la Constitución Nacional Argentina) pretender la defensa de un derecho; y la segunda, porqué lógicamente, la sentencia no puede afectar únicamente a un derecho individual, porque éste no le corresponde exclusivamente.

En orden a la cuestión inicial, corresponde aclarar que el carácter colectivo que se asigna, no responde a la simetría con el derecho colectivo, en razón de que el amparo puede promoverse en la defensa de estos derechos, que la Constitución los establece como de "incidencia colectiva", sin dejar de lado los que están incluidos en la dimensión tuitiva como derechos de pertenencia difusa.

> El Código Procesal Constitucional de Tucumán dice, al respecto: "La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente de conformidad a los principios contenidos en el artículo 36 de la Constitución Provincial; la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos amparados por el inciso 1 del artículo 124 de la Constitución Provincial; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia desleal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos comunes a fin de salvaguardar la calidad de la vida social".

Por eso el sentido de lo colectivo es la representación adecuada del conjunto, porque lo importante no es la calidad del sujeto activo sino la dimensión del interés deducido. Algo similar sucede con la cosa juzgada, donde aparece la misma problemática que presenta definir la legitimación *ad causam* y *ad processum*.

Antes conviene aclarar que, si bien la sentencia dictada en los procesos sumarísimos, de los cuales es tributario el juicio de amparo, no hace cosa juzgada material, es decir, que permite la reiteración del *thema decidendum* en un proceso de conocimiento amplio posterior; también lo es que, en cuanto sea materia de conflicto y ocupe plenitud probatoria, la *res judicata* tiene efectos definitivos e impide su reiteración, pues a este respecto, no existe restricción ni limites en la apreciación y valoración judicial.

Por tanto, el motivo central que justifica esta explicación asienta en la extensión de la sentencia a terceros y las probabilidades de otorgarle al pronunciamiento carácter definitivo.

> En nuestra legislación constitucional, el artículo 18 declara inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, de donde se deduce -al menos como normaque la cosa juzgada no puede oponerse al que no ha tenido oportunidad de estar en el proceso, alegar, probar y, esencialmente, ejercer su derecho de defensa. La regla *res inter allios judicata allius nec nocere prodesse potest* (lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a los terceros), se justifica por el hecho de que el juez no decide más que el litigio que le está sometido y no tiene ni la intervención, ni el poder de resolver a través de disposiciones generales o reglamentarias.

3.4. Estas particularidades de los procesos donde se usa el control difuso difiere cuando el proceso constitucional se explana ante una jurisdicción única. Las Cortes Constitucionales responden a la cosa juzgada de un modo más cortante. Una vez que la sentencia se dicta y queda firme, no hay posibilidad de reabrir el debate sobre lo decidido. Por lo anterior, se reitera, incluso en casos en los cuales la misma parte demandante vencedora en una litis precedente,

instaure una nueva acción de tutela que de alguna manera permita a la parte vencida en ese proceso anterior cuestionar aquella decisión, tales argumentos no serán procesalmente admisibles, pues la decisión del juez de tutela, una vez surtido el trámite de revisión en la Corte Constitucional, se encuentra revestida de la calidad de la cosa juzgada constitucional.[317]

> De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, se está en presencia de una actuación temeraria cuando a través de la interposición de varias acciones de tutela simultáneas o sucesivas, se pretende satisfacer una misma pretensión material, basada en supuestos de hecho idénticos. En estos casos el juez de tutela, debe constatar que se esté en presencia de una (i) identidad de accionado; (ii) identidad de accionante; (iii) identidad fáctica y (iv) ausencia de una justificación suficiente para interponer la nueva acción. Adicional a lo anterior, se ha establecido que en aquellos casos en que no se configure una actuación temeraria, las acciones de tutela interpuestas deben ser declaradas improcedentes, puesto que sobre las mismas opera la cosa juzgada constitucional, que se predica de la revisión de fallos de tutela de la Corte Constitucional.[318]

3.5. En los modelos intermedios, donde se concentra la fiscalización de cumplimiento del principio de supremacía en una Sala del Tribunal Supremo (v.gr.: Costa Rica, Venezuela), se entiende que toda sentencia es irrevisable por alcanzar la cosa juzgada, si ella traduce tres aspectos: *a) inimpugnabilidad*, que presupone ejecutoriedad o agotamiento de todos los recursos posibles; *b) inmutabilidad*, según la cual la sentencia no es atacable indirectamente, por no ser posible abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema; no puede otra autoridad modificar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada; y, *c) coercibilidad*, que consiste en la eventualidad de ejecución forzada en los casos de sentencias de condena; esto es, "la fuerza que el

[317] Sentencia T 218/2012 (Colombia).
[318] Sentencia T 151/2012 (Colombia).

derecho atribuye normalmente a los resultados procesales"; lo que en conjunto, se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso.

René Molina Galicia al referirse a la cosa juzgada sostiene que […]:

> La seguridad y la certeza son el presupuesto del derecho, pero no de cualquier forma de legalidad, sino de aquella que emana de los derechos fundamentales, de los valores constitucionales, y su función es la de asegurar la realización de las libertades, es por ello que constituye un valor jurídico que no necesariamente está en conflicto con la justicia. Ese valor funcional del derecho en la actividad jurisdiccional se manifiesta bajo la figura de la cosa juzgada […]. La cosa juzgada que comporta la prohibición de volver a juzgar sobre lo ya decidido en juicio, se traduce en el aforismo *non bis in ídem*.[319]

3.6. Estos elementos de la cosa juzgada coinciden en el aspecto subjetivo prohibiendo que la parte (los sujetos procesales) reinicien un proceso sustanciado, o lo replanteen con nuevos argumentos sin que los hechos hayan cambiado; así como les impide deducir nuevos procesos utilizando artilugios legales que esconden la solución ya adoptada (en este caso se puede hablar de acciones temerarias que se interponen a conciencia de la propia sin razón).

> El precedente constitucional ha comprendido la temeridad de dos formas, por una parte la concepción por la que esta solo puede configurarse si el accionante actúa de mala fe, por otra, la interpretación literal del artículo 38 bajo la cual no se requiere tal elemento para su consolidación, en consecuencia solo se necesita que el accionante presente varias veces una demanda de tutela por los mismos hechos sin justificación alguna. No obstante, la Corte ante tal ambivalencia concluyó, que la improcedencia de una acción de amparo por temeridad debe presentarse por el actuar doloso y de mala fe del peticionario,

[319] Molina Galicia, René, *Reflexiones sobre una Visión Constitucional del Proceso y su Tendencia Jurisprudencial*. Paredes, Caracas, 2002, p. 246.

> toda vez que supone una restricción legitima al derecho fundamental que implica el ejercicio de la acción de tutela. La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: "(i) [i]dentidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones"; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista. Asimismo, la jurisprudencia constitucional precisó que el juez es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad. La Sala precisa que en los procesos de tutela, en los eventos en que un mismo asunto presenta sucesivas o múltiples solicitudes de amparo, puede suceder las siguientes situaciones: i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre un asunto decidido previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada.[320]

Las disconformidades entre sistemas provienen de la cosa juzgada formal que tienen los procesos considerados en el marco del control difuso, respecto de la cosa juzgada material a la que acceden los que son resueltos en jurisdicciones concentradas.

3.7. Otro aspecto del alcance de la cosa juzgada se ocupa de atender su eficacia cuando el sujeto procesal es indeterminado (legitimación difusa) o determinable (derechos

[320] Sentencia T 053/2012 (Colombia).

individuales homogéneos) habiéndose resuelto la situación constitucional en un proceso colectivo.

El quid a desentrañar está con las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar la demanda) frente a sentencias denegatorias; y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

Esta es una solución clásica que en Latinoamérica tiene precedentes en la Ley de Acción Popular Constitucional de Brasil (1965), que tiende a evitar una eventual colusión entre las partes de un proceso colectivo, por el cual se lograría formar un precedente en contra de toda la comunidad. Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso.

A ella se agrega otra particularidad que es el efecto *in utilibus* que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

Tratándose de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede entenderse que la cosa juzgada es absoluta, pues la naturaleza propia de tales derechos e intereses implica la titularidad de la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la amenaza o violación de tales derechos, que aun cuando habrían podido participar en el proceso, estarían despojadas de la oportunidad de ejercer una acción popular para enmendar una situación de amenaza o afectación de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente al caso fallado, respecto de una sentencia desestimatoria de los mismos y la aparición con posterioridad al fallo de nuevas pruebas que demuestren tal vulneración. Considera la Corte que los recursos probatorios previstos por la ley no son idóneos para superar el conflicto de inconstitucionalidad que surge de reconocerle efectos *erga omnes* a las sentencias desestimatorias, particularmente, frente a la circunstancia de que después del fallo aparezcan nuevas pruebas definitivas para

cambiar la decisión inicial, pues es claro que tales elementos de juicio, por sustracción de materia, no pudieron ser allegados al proceso en el respectivo periodo probatorio ni valorados por la sentencia.[321]

4. Eficacia refleja

4.1. La cosa juzgada puede surtir efectos en otros procesos mediante dos vías distintas. La primera, que es la más conocida, se denomina eficacia directa, y opera cuando los citados elementos: sujetos, objeto y causa, resultan idénticos en las dos controversias de que se trate. La segunda es la *eficacia refleja*, con la cual se robustece la seguridad jurídica al proporcionar mayor fuerza y credibilidad a las resoluciones judiciales, evitando que criterios diferentes o hasta contradictorios sobre un mismo hecho o cuestión, puedan servir de sustento para emitir sentencias distintas en asuntos estrechamente unidos en lo sustancial o dependientes de la misma causa.

Se persigue evitar la existencia de fallos contradictorios en temas que, sin constituir el objeto de la contienda, sean determinantes para resolver litigios. En esta modalidad no es indispensable la concurrencia de las tres clásicas identidades, sino aquellas que identifiquen:

a) Que las partes del segundo proceso hayan quedado vinculadas con la sentencia ejecutoriada del primero;

b) que en ésta se haya resuelto con fundamentos claros y precisos, algún hecho o una situación determinada, que constituya la base de confrontación con la causa donde se quiere evitar la contradicción;

c) que en un segundo proceso que se encuentre en estrecha relación o sea interdependiente con el primero, se requiera nuevo pronunciamiento sobre aquel hecho o presupuesto lógico, como elemento igualmente determinante para el sentido de la resolución del litigio.

[321] Sentencia C 622/07 (Colombia).

4.2. Los elementos que deben concurrir para que se produzca la eficacia refleja de la cosa juzgada, son los siguientes:

a) La existencia de un proceso resuelto y pasado en autoridad de cosa juzgada;
b) la existencia de otro proceso en trámite;
c) que los objetos de los dos pleitos sean conexos, por estar estrechamente vinculados o tener relación sustancial de interdependencia, a grado tal que se produzca la posibilidad de fallos contradictorios;
d) que las partes del segundo hayan quedado obligadas con la ejecutoria del primero;
e) que en ambos se presente un hecho o situación que sea un elemento o presupuesto lógico necesario para sustentar el sentido de la decisión del litigio;
f) que en la sentencia ejecutoriada se sustente un criterio preciso, claro e indubitable sobre ese elemento o presupuesto lógico, y
g) que para la solución del segundo juicio requiera asumir también un criterio sobre el elemento o presupuesto lógico-común, por ser indispensable para apoyar lo fallado.[322]

Lo condicionante para el segundo proceso es el "reflejo" que en éste produce lo resuelto en el caso que se espeja, en el cual, aunque sean diferentes las partes y el objeto, la sentencia pronunciada incide de manera positiva o negativa, pero siempre mostrando una tesis a seguir.

> La materia de un juicio de amparo es radicalmente diferente, a la de un juicio ordinario civil, pues en éste la litis se forma con la pretensión de la actora y las excepciones de la demandada, regulándose tal conflicto por las disposiciones

[322] Cfr. Juicio de revisión constitucional electoral (México). SUP-JRC-155/98.—Partido Revolucionario Institucional.—23 de diciembre de 1998.—Unanimidad en el criterio. Recurso de apelación. SUP-RAP-023/2000.—Aquiles Magaña García y otro.—21 de junio de 2000.—Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-017/2003.—Partido de la Sociedad Nacionalista.—27 de febrero de 2003.—Unanimidad de seis votos. Sala Superior, tesis S3ELJ 12/2003 – Tribunal Federal Electoral.

establecidas en el Código Civil. En cambio, en aquél su materia es la tutela de los derechos públicos subjetivos contenidos en las garantías individuales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tiene todo gobernado, frente a los actos de autoridad, integrándose la controversia entre el quejoso que se asimila al actor y la autoridad responsable como si fuera demandada. Por lo que, no hay identidad entre las partes, ni en las acciones, ni en su materia. A más, el fuero federal en materia de amparo y el fuero común, pueden coincidir en el conocimiento de la legalidad de un acto jurídico o hecho jurídico, pero dada su diversidad de materias, nunca dará lugar a la institución de cosa juzgada en forma directa. Sin embargo, puede cuestionarse que de esa coincidencia, resulte la cosa juzgada en vía refleja, porque en ambos fueros y diversas vías, ya se haya resuelto la constitucionalidad de un acto de autoridad y que ese mismo tema sea materia de un juicio ordinario; y como se desconoce la posibilidad de tal hipótesis, entonces habrá que averiguar qué fue lo alegado y probado en una vía, con lo pretendido y lo acreditado en la otra vía y fuero, para resolver si existió o no ese fenómeno reflejo de la cosa juzgada.[323]

5. Cosa juzgada en la sentencia desestimatoria

5.1. Este es uno de los temas centrales a definir. Se trata de una polémica de antigua data que tiene en el art. 164 de la Constitución española un conflicto de interpretación, porque al acordar que las sentencias del Tribunal Constitucional producen el efecto de cosa juzgada, continúa señalando que […] "*las que declaren la inconstitucionalidad de una ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos*".

La corriente mayoritaria identifica los efectos generales de la decisión con la cosa juzgada *erga omnes* en ambas situaciones de estimación o desestimación; pero la opinión dista de ser pacífica.

[323] Amparo directo 283/98. Ramón Salce Chávez. 15 de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo. Tesis Aislada, II.1o.C.172 C, Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta, novena época, tribunales colegiados de circuito, IX, enero 1999, p. 839.

Para Almagro Nosete es el objeto del proceso el que determina un efecto general que hará desaparecer los límites subjetivos de la cosa juzgada, pero no los objetivos (concretados en la motivación específica de la duda). De ahí que las sentencias desestimatorias produzcan efectos generales en los límites de la desestimación, y no impidan el planteamiento de la inconstitucionalidad de la misma norma legal por motivos diferentes.[324]

5.2. En nuestra opinión, sin analizar el texto mencionado, aunque proyectando la problemática como un tema central que se puntualiza en diversos contextos, pareciera verdad la afirmación del profesor español.

La cosa juzgada constitucional detalla singularidades propias que la distancian de la *res judicata* que presenta la teoría general del proceso. No obstante, tiene en común con ésta la identidad de sujetos y la de pretensiones, siendo muy distintos los efectos procesales en el tiempo y lo resuelto específicamente.

Un mismo sujeto no puede replantear una causa sustanciada y satisfecha; como puede excepcionar por cosa juzgada cuando esto mismo lo intenta otro contra quien ya litigó y tuvo causa con sentencia firme. Este límite subjetivo de la cosa juzgada queda en el marco de lo irrevisable.

El mismo efecto se produce con el objeto procesal, que suele tener diferencias entre el efecto llamado de cosa juzgada *material* y cosa juzgada *formal,* según admita o no el replanteo.

> Específicamente en relación con la cosa juzgada formal y material, la jurisprudencia constitucional de Colombia ha introducido diferencias significativas dentro del propósito de garantizar la seguridad jurídica y el derecho de los demandantes a obtener decisiones materiales. La cosa juzgada formal tiene lugar "cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente deman-

[324] Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 113.

> dado por los mismos cargos. En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma. Por su parte, la cosa juzgada material, se presenta "cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material.[325]

En cambio, la cosa juzgada constitucional trasciende la causa común del proceso ordinario. La propia construcción de la sentencia pone énfasis en la interpretación de conductas y normas que se han contrapuesto (o no) al texto constitucional. En consecuencia, la decisión impacta con su lectura a la comunidad de situaciones que proyecta el pronunciamiento, ofreciendo por reflejo, una línea o tesis a continuar por las jurisdicciones judiciales y los demás poderes, al ser el producto de la inteligencia que aporte el órgano que tiene la palabra final, como fiel y último intérprete de la Constitución.

En todo caso, la dimensión del límite será de carácter normativo, impidiendo que se reediten casos en los que exista una sentencia constitucional estimatoria.

5.3. La desestimatoria, en cambio, presenta peculiaridades en los motivos de repulsa.

Pueden ser *formales* y, como tales, enmendados, corregidos y regularizados, dando permiso a que el vicio no sea la causa del impedimento por cosa juzgada. Pueden ser *de fundamentación liminar* y haber sido el motivo de un rechazo *in limine* fortuito, en cuyo caso, también la pretensión podría ser repuesta. El *déficit probatorio* también suma una causa posible de denegación, donde el principio *nemo venire*

[325] Sentencia C 393/2011 (Colombia).

contra factum proprium (nadie puede ir en contra de sus propios actos) sería una justificación para que se opusiera el caso juzgado, pero mientras esta aseveración la vemos posible en los derechos individuales, creemos riesgoso llevarlo a los derechos colectivos o difusos.

Una vez más la diferencia parece estar en una regla simple. Las sentencias desestimatorias no hacen cosa juzgada constitucional si las razones que determinan el repudio son procesales. Pero si la decisión estuviera fundada en lo inapropiado de la *causa petendi* y se dieran argumentos y razones para la desestimación, el decisorio estaría revestido de las condiciones para alcanzar al estado de cosa juzgada procesal y constitucional.

> Sostiene Nogueira Alcalá que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en vía abstracta pueda ser impugnado por vía de inaplicabilidad o de cuestión de inconstitucionalidad en la medida que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto pudiere tener una aplicación específica que fuere inconstitucional. Por la misma razón, considera que pueden presentarse diversos procedimientos incidentales, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no se habían sumado por quienes fueren afectados por ellas. Esta perspectiva, disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente del Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitucionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las anteriormente desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.[326]

[326] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, ps. 113-158.

> En relación con la cosa juzgada material, la jurisprudencia ha distinguido entre cosa juzgada material en sentido estricto y cosa juzgada material en sentido amplio o lato. La cosa juzgada material en sentido estricto, se presenta cuando "existe un pronunciamiento previo declarando la inexequibilidad, por razones de fondo, de un contenido normativo que es reproducido en la disposición que es nuevamente acusada. La identidad del contenido acusado deberá ser deducida tanto de la redacción del precepto como del contexto normativo en el que se expidió. La estructuración de la cosa juzgada en este evento está condicionada, además, a que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en que se sustentó la declaratoria previa de inexequibilidad". La cosa juzgada material en sentido amplio, tiene lugar cuando "existe un pronunciamiento previo declarando la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado. Cuando ello sucede, ha indicado la jurisprudencia no se obliga, a la Corte Constitucional a estarse a lo resuelto en la sentencia anterior, pero en cambio, sí se le exige a esta justificar las razones por las cuales no seguirá dicha sentencia que constituye un precedente específico aplicable a la norma reproducida. Tales razones deben ser poderosas, en los términos que ha señalado la jurisprudencia: "Una vez reproducida la norma exequible, la Corte debe apreciar si en el nuevo contexto dentro del cual fue expedida, ésta adquirió un alcance o unos efectos distintos, lo cual justificaría un fallo de fondo en un sentido diferente al anterior. Lo mismo sucedería en caso de que la Corte encuentre razones poderosas para introducir ajustes en su jurisprudencia o cambiarla".[327]

6. Cosa juzgada absoluta y relativa

6.1 Se denomina *cosa juzgada absoluta* cuando la interpretación que realiza el juez o tribunal constitucional concluye en una declaración de inconstitucionalidad normativa que tiene efectos derogatorios totales, al encontrar que el precepto, acto, reglamento o ley que fue analizado, debe

[327] Sentencia C 393/2011 (Colombia).

eliminarse del ordenamiento jurídico; así como impedir que con sus fundamentos se continúen produciendo actos lesivos a derechos constitucionalmente protegidos.

> La Corte Constitucional de Colombia ha explicado que existe cosa juzgada absoluta […], "cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional".[328]

6.2. La *cosa juzgada relativa* surge cuando el pronunciamiento emitido en el pleito constitucional deja abierta la posibilidad de revisión mediante la interposición de un nuevo proceso. No importan aquí los límites objetivos ni los subjetivos, siempre que los motivos que permitan la reiteración sean contemporáneos a la decisión y no estuviera prescripto el derecho para hacerlo.

También se distingue entre supuestos de expresa aceptación de replanteos (cosa juzgada *relativa explícita*) y la que surge de los considerandos del fallo donde se referencia esta posibilidad (*cosa juzgada relativa implícita*)

Es *explícita*, en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutiva, e *implícita* cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve. Asimismo, algunos eventos se circunscriben a lo que la jurisprudencia ha llamado *cosa juzgada aparente* (o cosa juzgada absoluta aparente) […] "si pese al silencio que se observa en la parte resolutiva de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales".[329]

---

[328] Sentencia C 254A/2012 (Colombia).
[329] Sentencia C 061/2010 (Colombia).

En la primera no hay problemas de evidencia; en las segundas es preciso relevar si lo implícito es aparente o resulta producto de una interpretación abierta y flexible.

6.3. La denominada *cosa juzgada relativa* es propia de los procesos donde el conocimiento aplicado es superficial o acotado a la cuestión expuesta como acto lesivo. Vale decir que no se analiza la norma en el contexto general sino aplicado a los hechos que dan motivo al proceso constitucional (v.gr.: amparo argentino).

En estos casos los caminos a resolver son la *inaplicabilidad* de la ley al caso concreto, y la declaración de *inconstitucionalidad* parcial que, en este aspecto, es cosa juzgada absoluta porque tiene configurado con suficiencia los fundamentos y razones.

> Para la Corte Constitucional de Colombia, la cosa juzgada relativa alude a los eventos en que, por oposición al caso de un previo examen exhaustivo de la norma objeto de revisión por la Corte —lo que da lugar al fenómeno de la cosa juzgada absoluta—, el juez de constitucionalidad ha proferido antes un fallo de exequibilidad circunscrito de manera específica a alguno o algunos aspectos constitucionales de la norma, sin haberlos agotado en su totalidad, lo que conduce a que, aun existiendo ya sentencia declaratoria de la constitucionalidad del precepto, subsiste la posibilidad de nuevo análisis de la disposición correspondiente, no ya por los conceptos precedentes —respecto de los cuales se juzgó y a los que no puede volverse— sino por otros sobre los cuales en el primer fallo no se pronunció la Corte. En cambio, el concepto de *cosa juzgada aparente*, se refiere a situaciones en las cuales en realidad la norma de que se trata no fue objeto de examen de constitucionalidad alguno, aunque parezca que lo haya sido, como cuando en la parte resolutiva de la sentencia se declara exequible un artículo sobre cuyo contenido nada se expresó en los considerandos y, por lo tanto, no se produjo en realidad cotejo, ni absoluto o exhaustivo, ni relativo, ni parcial. Simplemente, en tales ocasiones lo único que encuentra el juez de constitucionalidad es la apariencia de haber resuelto antes sobre la

> norma que ante él se demanda, sin haberse llevado en efecto el juicio correspondiente.[330]

7. Sujetos obligados por la cosa juzgada

7.1. La cosa juzgada constitucional que se alcanza en un proceso especial de aplicación concreta o abstracta de control no tiene demasiadas especulaciones si consideramos los dos aspectos del límite subjetivo de la *res judicata*. Es decir, cuando actúa como efecto inmediato que atrapa a quienes fueron parte del procedimiento; y con diferimiento que obra como herramienta para interponer la excepción de cosa juzgada, cuando entre las mismas partes se pretende replantear un conflicto que suma las identidades de sujetos, causa y objeto.

Como antes indicamos, el empalme entre la teoría del proceso con la que se puede ir construyendo para la sentencia constitucional, no sería difícil con relación a los sujetos procesales; pero en el ámbito de la jurisdicción constitucional, alcanzar el grado de *cosa juzgada absoluta* (cuando se estudia la sustancia comprometida) o *material* (de tipo procesal, que impide a las partes reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento), depende del modelo difuso o concentrado. Ello sin perjuicio de considerar que, tratándose de derechos humanos, está la posibilidad de insistencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), tal como lo prevé el artículo 205 de la Constitución del Perú que dice [...]

> Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

---

[330] Sentencia C 925/2000 (Colombia).

7.2. La advertencia se realiza con el fin de poner de relieve que la cosa juzgada constitucional no tiene sentido práctico, sino de dotar de eficacia al sistema de control de constitucionalidad. La *res judicata* constitucional, antes que una consecuencia propia de la preclusión y definitividad de las sentencias, es un instrumento destinado al bloqueo de interpretaciones constitucionales distintas. Es la seguridad jurídica cuanto se reasegura.

Por eso, sostener que la cosa juzgada constitucional alcanza solo a quienes fueron parte del proceso puede ser un error. La decisión obliga también a quienes deben dar respuesta a las conductas, actos o normas que se pusieron en evidencia inaplicables por su inconstitucionalidad. Hay un deber implícito de corrección, y por tanto, las modalidades de cada pronunciamiento pueden exhortar a la reparación; intimar a reglamentar; obligar a la ejecución de disposiciones innovadoras o sustitutivas, y en definitiva, los límites subjetivos de la cosa juzgada quedarán diluidos apenas se constate que quienes deben cumplir la sentencia constitucional son los demás poderes del Estado.

> Una sentencia constitucional tiene efecto declarativo cuando produce efectos en posteriores actividades jurisdiccionales, por ejemplo actúa cuando otro tribunal emite diferente fallo sobre el mismo asunto. La sentencia constitucional tiene efecto ejecutivo porque está dotada de fuerza coactiva para su cumplimiento, además de establecer responsabilidades para la autoridad pública que restringió o vulneró el derecho constitucional del accionante, siendo viable su tutela. Las sentencias constitucionales tienen efectos de reparación integral […] alcanzando sus efectos a la ciudadanía en general y los poderes públicos.[331]

8. El efecto *erga omnes*. Particularidades

8.1. El efecto general que tiene la sentencia constitucional por vía de principio, es compleja cuando se trata de procesos individuales de control difuso, y de sistemas don-

[331] Bhrunis Lemarie, *Jurisprudencia constitucional vinculante,* cit., p. 39.

de el principio dispositivo se fuerza a un régimen en el que no se puede condenar a quien no fue oído.

En Argentina, por ejemplo, no es posible aplicar el efecto *erga omnes*, sino la eficacia expansiva de la cosa juzgada. Únicamente en el amparo ambiental es factible la generalización. La diferencia es importante por las razones antes apuntadas sobre cuánto significa seguir uno u otro temperamento.

En lo demás, el alcance "para todos" que impone la sentencia constitucional tiene registros de tiempo para su vigencia. Pueden darse efectos inmediatos e irretroactivos (*ex nunc*); resolver el caso afectando situaciones consolidadas acordando así efectos retroactivos (*ex tunc*); o bien ordenar la aplicación diferida en cuyo supuesto el efecto quedará postergado a partir de cierto momento.

8.2. Tiene importancia, también, recordar la diferencia entre eficacia *erga omnes* y precedente vinculante, porque lo primero significa obligatoriedad de cumplimiento y el segundo obligación de seguimiento. Uno se aloja en la parte resolutiva de la sentencia; el otro en los fundamentos que conforman la *ratio esendi*.

> En los países de América del Sur con Tribunales Constitucionales, solo en el caso colombiano, el artículo 48 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, establece algunas regulaciones en la materia. Determina expresamente que […] "*sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutiva de los fallos. La parte motiva constituye solo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general*".[332]

Claro está que la cosa juzgada constitucional es el asiento donde se apoya el efecto; pero al mismo tiempo, como el hábitat del pronunciamiento no es exclusivo del derecho procesal, donde se consagra como una garantía expresa para las partes; la residencia de la *res judicata* constitucional

[332] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, pp. 113-158.

proviene de la Norma Fundamental, con justificaciones que exceden el interés particular.

8.3. La naturaleza dispositiva lleva a que sea preferente el criterio por el cual el juez o tribunal constitucional resuelve darle a su fallo efectos *erga omnes*. Solo que no hay un principio común por el cual se resuelva que toda sentencia constitucional tenga ese atributo. Es más, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se indica cuándo lo tiene, y de no estar, se colige que el efecto es *inter partes*.

> El fundamento de esa amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación. El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente. En efecto, las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores y en lo atinente a daño ambiental, prevén expresamente soluciones de la índole referida.[333]

En cambio, otras legislaciones como la *Colombiana*, encuentran en el art. 241 inciso 1° de la Constitución de 1991, la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, con el fin de dar coherencia a la integridad y supremacía que deben preservar.

> Entonces, si bien por regla general las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana tienen efectos hacia el futuro, también puede darse el caso que esos efectos

[333] Fallos 332:111.

> puedan ser modulados en otro sentido por la propia Corte. Para ello, se debe realizar una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: *a)* La supremacía de la Constitución que aconseja atribuir a la sentencia efectos retroactivos o *ex tunc*, y *b)* el respeto a la seguridad jurídica o la protección a la buena fe, que por lo general conlleva a otorgar efectos sólo hacia el futuro o *ex nunc*.[334]

En *Perú* las sentencias que se pronuncian por la inconstitucionalidad de una norma legal producen varios efectos al mismo tiempo. Adquieren fuerza de ley y como tal se aplican desde su publicación; reciben la autoridad de la cosa juzgada y vinculan con lo resuelto a todos los poderes públicos. No hay reglas de ultra-actividad porque el principio general es la irretroactividad con posibilidades de modular el efecto.

> Esta regla no ha impedido el dictado de resoluciones aclaratorias, por las cuales se dijo que [...] "las sentencias constitucionales pueden tener los siguientes efectos personales: *a)* El efecto general o *erga omnes*: Que son en torno a los fallos del control abstracto de las normas sometidas a un proceso de inconstitucionalidad; o proceso competencial; esto es, se trata de aquellas sentencias que giran en torno a lo que, por razones pedagógicas se pueden calificar de sentencias que defienden la parte orgánica de la Constitución; aquí caben, aunque de suyo excepcionales, ubicar a las sentencias que contienen precedentes vinculantes y las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucionales; y, *b)* el carácter concreto o *inter partes*: Se trata aquí de las sentencias que defienden la parte dogmática de la Constitución; esto es, aquellos fallos que se pronuncian sobre los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, cuyos efectos por lo

[334] Sentencia C 619/2003 (Colombia). Cfr. Rojas Zamudio, Laura Patricia, Trabajo elaborado en cumplimiento a lo establecido en el artículo 27, fracción IX del Acuerdo General de Administración V/2006 del Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de la beca otorgada para participar en un programa de actualización *in situ* en la Corte Constitucional de Colombia, con sede en la ciudad de Bogotá, Colombia, del 21 al 25 de abril de 2008.

> general giran tanto contra autoridades, funcionarios o personas, pero que su decisión sólo vincula a dichas partes sometidas en el proceso constitucional.[335]

En *Ecuador* el efecto final de las sentencias de inconstitucionalidad no tiene efectos derogatorios. Dice el artículo 274 de la Carta Política que el juez o tribunal en las causas que conozca podrá declarar inaplicable un precepto jurídico. Es decir lo inaplicable es claro en jurisdicciones que actúan sobre causas concretas, pero en la acción de inconstitucionalidad, el artículo 278 de la Constitución establece que [...] "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. Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley".

8.4. De su lado el efecto *ex nunc* (de ahora en más, o, en adelante) puede ser la regla en las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, pero no es rígida ni constante. La variedad de materias a considerar toma en cuenta que el efecto retroactivo puede alterar derechos consolidados, de allí que no sea recomendable producir esa revocación inaudita.

> De acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, las sentencias de la Corporación sobre actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte Constitucional resuelva lo contrario. La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "in-

[335] Resolución del Tribunal Constitucional del Perú en expediente n° 5761-2009-PHC/TC.

> tegridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. No hay que olvidar que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para la Corte Constitucional, como para todas las autoridades pero con mayor fuerza. La inexequibilidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución. No obstante, como es altamente probable que una norma haya tenido consecuencias en el tráfico jurídico antes de ser declarada inexequible, a pesar de los vicios que la acompañaban de tiempo atrás, siempre se suscita la controversia sobre cuál debe ser el alcance de la decisión proferida por el juez constitucional, particularmente en cuanto a los efectos temporales de su decisión. De un lado, los efectos *ex nunc* —desde entonces— de la declaratoria de inexequibilidad encuentra razón de ser ante la necesidad de proteger principios como la seguridad jurídica o la buena fe, pues hasta ese momento la norma gozaba de presunción de constitucionalidad y por ello sería legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en la validez de aquella.

De hecho fue Hans Kelsen quien planificó para el sistema austríaco los efectos irretroactivos, porque entendía que el efecto *ex tunc* podía producir situaciones de manifiesta injusticia contra los particulares que actuaban de buena fe. En su idea era mejor que el juicio de inconstitucionalidad de una ley determinara siempre una anulabilidad y no una nulidad.

8.5. La generalización del alcance contrae para la decisión un efecto normativo, que como tal, opera y trabaja sobre sus presupuestos de vigencia. Por eso las sentencias de los Tribunales Constitucionales se deben publicar en los medios oficiales de difusión normativa.

Corresponde por ello destacar que, en países que tienen autonomías regionales, o constitución de Estados o Departamentos con legislación propia, los problemas que

plantea el alcance espacial y temporal de la declaración de nulidad de la ley abarca solamente el ámbito estatal o autonómico al que refiere.

En cuanto al alcance temporal, la asimetría entre nulidad del acto e inconstitucionalidad emergente (es decir, la resolución en el caso concreto y la declaración de validez normativa que se realiza para toda la sociedad), la regla anticipada de nulidad plena sin efectos retroactivos, ocupa no solamente las derivadas de la cosa juzgada sino también las actuaciones administrativas firmes por exigencia del principio de seguridad jurídica.

> En España, la Sentencia 45/1089 del Tribunal Constitucional hace referencia a los llamados supuestos de inconstitucionalidad sin nulidad, derivados de la idea que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no siempre es necesaria. Ello sucede cuando conviene conservar el precepto cuestionado, eludiendo su nulidad y corrigiendo los datos que lo hacen aparecer como constitucionalmente ilegítimo. Existen diversas clases de Sentencias de este tipo: a) *Sentencias interpretativas*, que son aquéllas en las cuales la inconstitucionalidad que constata el TC no afecta a la totalidad del enunciado normativo sino tan solo a alguna de sus interpretaciones. En ellas el Tribunal conserva la misma dándole una interpretación acorde con la Constitución; b) *Sentencias de mera inconstitucionalidad*, que se producen cuando el TC constata que la misma se encuentra en las omisiones de ley, invitando al legislador a que supere aquélla. Lo que es inconstitucional en este supuesto es la norma implícita en la omisión del legislador; c) *Sentencias aditivas*, que son aquéllas en las que el TC decide añadir al precepto las previsiones que el mismo ha omitido. Hay, por ello, una intervención positiva en la norma para sanar su inconstitucionalidad. Se trata de una operación que pone al TC en límite del legislador positivo, lo que puede generar perplejidades, pero que resulta útil para resolver problemas concretos; d) *Sentencias reconstructivas*, en las que el TC evita la declaración de nulidad de la norma presentando como lectura del precepto lo que en realidad es la conversión de su enunciado en otro distinto.

En el caso español mencionado, se observa una particularidad en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) al sostener que: "*Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*". En tal sentido, se unifican los efectos de la nulidad con la declaratoria de inconstitucionalidad, asignando efectos retroactivos o *ex tunc*, aun cuando se establecen excepciones en materia de sentencias basadas en autoridad de cosa juzgada. No obstante, el Tribunal Constitucional español en oportunidades ha quebrado el nexo entre inconstitucionalidad y nulidad, posibilitando la primera sin declarar la segunda.[336]

8.6. La validez argumental que recibe el efecto *ex nunc* proviene de kelsen que refirió a la anulación de leyes siempre con efectos a futuro y con diferimiento en la decisión expulsiva, al otorgar el legislador un tiempo prudencial para cubrir la vacancia normativa. Pero esta explicación es poco sustentable en la actualidad, al comprobarse que aquél legislador negativo pensado para conservar la solidez y permanencia de la Constitución, hoy está convertido en un legislador indirecto apoyado por el activismo prudente, donde las decisiones se dan en el marco de un litigio y con los efectos de la cosa juzgada.

Asimismo, cuando se traba relación entre la nulidad de los actos derivados que son consecuencia de la inconstitucionalidad dispuesta, la relación inmediata que aparece se da con la teoría de las nulidades constitucionales,[337] donde el tratamiento de la invalidez es diferente y con efectos desiguales. En los hechos se estaría frente a una derogación irretroactiva y no con efectos hacia el mañana.

---

[336] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, pp. 113-158.

[337] Manili, Pablo Luis, "Las nulidades en el derecho constitucional (Un debate pendiente)", en *Revista La Ley*, 2005-C, 1000.

Por ello, la oscilación que se encuentra en el derecho comparado sobre cuándo hay o no efectos hacia atrás se debe a la utilización de criterios procesales o sustanciales (del Código Civil) que retrotraen la declaración de inconstitucionalidad al tiempo de promulgación de la norma (v. gr.: Alemania y Portugal); sin darle posibilidades de afectar derechos cumplidos o que hubiesen generado derechos adquiridos.

Otra solución posible es que sea el constituyente quien defina el efecto de la sentencia (como es el caso de la constitución chilena), o autorizar que se haga por leyes reglamentarias del funcionamiento de los tribunales constitucionales. La seguridad de la ley daría certeza aunque desgaste el poder de determinación.

El tema, en definitiva, muestra dos corrientes asentadas en cada continente. En Estados Unidos, después de *Marbury vs. Madison* la sentencia tiene efectos retroactivos propios de la declaración actuada por los jueces ordinarios; mientras que en Europa, la sentencia adquiere efectos constitutivos (*ex nunc*), sin afectar las relaciones jurídicas consolidadas con anterioridad, porque esto es natural para las decisiones de los Tribunales Constitucionales.

> Sin embargo, hoy ya después de más de medio siglo de decantamiento de los modelos concentrados europeos, muchos sistemas hacen retrotraer la declaración de inconstitucionalidad al nacimiento de la norma, produciéndose el efecto ex tunc, como ocurre en Alemania y Portugal. No obstante, ha limitado sus alcances, declarando que, como su consecuencia, no pueden revisarse procesos judiciales fenecidos o actos jurídicos, que hubieren producido derechos adquiridos. En efecto, desde los orígenes de la conceptualización de los tribunales constitucionales y sus sentencias, el propio Kelsen señalaba que ellas eran de naturaleza constitutiva y no declarativa. Sólo después de la segunda guerra mundial se introducen a los diferentes sistemas de control sentencias de efectos retroactivos, ligados más bien a los efectos consecuencialmente invalidatorios de la declaración de inconstitucionalidad; consecuencialmente, pues la sen-

> tencia declara un vicio de inconstitucionalidad que existe desde que se dicta la norma, por lo que se puede entender que se cuestiona su validez *ab initio*, lo que justifica efectos invalidatorios, conceptualización que no se ve reflejada en las normas, y que ha sido más bien obra jurisprudencial (Alemania, Portugal e incluso Estados Unidos, como se verá), salvo en el caso español, en que las normas algo señalan.[338]

8.7. El efecto *ex tunc* supone dar retroactividad a la sentencia constitucional. El impacto inmediato lo sufren los hechos pasados ante la norma que se impugna, cuya anulación significa dejar las cosas como estaban antes de comenzar los perjuicios que la disposición produjo.

Este es un concepto propio de cuanto se entiende por anulación, es decir, dejar sin validez algo ocurrido que se revoca por el imperio de la autoridad. La anulabilidad es de los actos y los beneficiarios quienes hayan sido afectados por ellos.

Pero la nulidad es un concepto diferente. Se vuelve con el problema antes planteado sobre cuanto significa anular la eficacia de una disposición legal. Si la nulidad se interpreta como sanción o penalidad, el castigo no es para quien produjo los actos, sino para el sistema normativo que encuentra expulsado del ordenamiento al precepto correspondiente.

Por lo tanto la nulidad (o nulidad absoluta) […], "es aquélla que *ab initio* no produce efectos jurídicos en tanto comporta una ineficacia intrínseca que no puede por ninguna causa convalidarse o producir efecto jurídico alguno".[339] En consecuencia puede haber anulación de los actos pasados bajo la autoridad de una disposición, y nulidad por inconstitucionalidad. Una alcanza a las partes y la otra a la generalidad.

---

[338] Pica, Rodrigo, *Algunos aspectos fundamentales acerca de los efectos de la sentencia que resuelve conflictos de constitucionalidad de la ley*, Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Público realizadas en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, passim.

[339] Moreno Millán, Franklin, *La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos*, Leyer, Bogotá, 2008, p. 41.

Sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucional o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, ex nunc, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

En el ámbito sudamericano, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.[340]

9. Efecto temporal de la cosa juzgada

9.1. Finalmente hay un *efecto temporal de la cosa juzgada*. Tiene dos manifestaciones posibles: por un lado, actuando sobre la base del tiempo cuando se podrá hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia; y por otro, para considerar si la decisión es definitiva e inmutable *sine die* (sin plazos ni fechas de caducidad o vencimiento).

La facultad de postergar la aplicación del fallo es propia de la naturaleza diferente que tiene la sentencia constitucional. Así como se publica en los diarios oficiales para su conocimiento y divulgación, la puesta en práctica se acomoda al cuadro de posibilidades que tienen las *sentencias exhortativas*.

9.2. Que se posponga la ejecución no significa que la ley, en sentido general, quede amparada por una suerte de vitalidad transitoria; de cuanto se trata es de evitar perjuicios superiores que traería el efecto inmediato.

En Perú el Tribunal Constitucional repite en sus fallos que, para resolver cuando el efecto es irretroactivo o retroactivo, se debe considerar:

---

[340] Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004, pp. 113-158.

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, tienen alcances *ex tunc*.
c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto supra, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad. En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.
d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria. En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.[341]

9.3. La dilación no tiene que ver con la fecha que corresponde a la sentencia, que coincidirá con la del fallo se emite, y no con la que surja de la perención de los términos o del cumplimiento de las obligaciones señaladas.

Tampoco será la fecha en que los magistrados suscriben el texto o los salvamentos o aclaraciones de voto. En suma, los efectos de la decisión comienzan a partir del día siguiente que el juez o tribunal se pronuncia.

De todos modos, la validez formal del tiempo que fecha la sentencia lo es a los fines procesales, por si cupieran recursos contra ella; pero la ejecución postergada, que es la que consigna el efecto temporal, será la establecida en el fallo o la que surja de los tiempos acordados en la *ratio* contabilizados con los modos de contar los intervalos del derecho.

[341] Tribunal Constitucional (Perú) expediente n° 0024-2003-AI/TC

9.4. El otro rostro del efecto temporal es la constancia y permanencia del dogma establecido. En este aspecto, tanto como sucede con la transitoriedad de la cosa juzgada constitucional, el efecto de una sentencia puede quedar anulado cuando cambian las situaciones y se replantea el caso en un nuevo proceso.

En materia procesal civil y penal la doctrina coincide en negar la procedencia de la cosa juzgada como excepción perentoria, cuando existen hechos o derechos que modifiquen o alteren los contenidos esenciales de la sentencia firme.

La Corte Constitucional de Colombia permite que se revise mediante la acción de tutela, bajo los requisitos siguientes […]:

> 1) Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; 2) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; 3) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; 4) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; 5) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; 6) que el fallo impugnado no sea de tutela.[…]
>
> Debe constatar así mismo la concurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad, ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional: defecto orgánico o sustantivo, procedimental o fáctico; error inducido; decisión sin motivación; desconocimiento del precedente constitucional; y violación directa a la constitución.[342]

Esta vía de impugnación no considera la caducidad intrínseca del valor interpretado que acontece por la sola circunstancia del paso del tiempo. La inmutabilidad de la

[342] Sentencia C-590 de 2005 (Colombia).

cosa juzgada se puede relativizar si vemos la importancia del tiempo aplicado a los hechos que atraparon la *ratio decidendi* del fallo constitucional.

El impacto que tiene el cambio de circunstancias incide en la dimensión del valor obligatorio de un pronunciamiento que, mirando al futuro, no pudo prever la alteración que provocan los cambios sociales.

Por su parte, si tenemos presente que la cosa juzgada constitucional no es un parámetro procesal sino un resguardo de la certeza y previsibilidad que tiene para los derechos fundamentales la interpretación final provista por una corte o tribunal especializado, toda alteración significativa en dicha paráfrasis, tolera sin crisis institucional, que se revisen los criterios acordados.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalde Rodríguez, Enrique, "Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 3, Santiago, 2008.

Aldunate Lizana, Eduardo, "La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.

Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Alvarado Velloso, Adolfo, *El juez: sus deberes y facultades,* Depalma, Buenos Aires, 1982.

Arrieta Castañeda, Ricardo, *La noción de integridad en la teoría del derecho de Ronald Dworkin,* en http://iusconstifil.blogspot.com.ar/2009.

Atienza Rodríguez, Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, septiembre/diciembre, 1989.

Atria Lemaitre, Fernando, "Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo", *Revista de derecho*, Valdivia, vol. 12, núm. 1, agosto 2001.

Aulis, Aarnio, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, México, Fontamara, 2000.

Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992.

Barker, Robert S., "El control de constitucionalidad y la cuestión política en Estados Unidos", en *Temas de derecho procesal cons-*

titucional latinoamericano, edición de Boris Barrios González, Panamá, 2012.

Bernal Pulido, Carlos, "El precedente constitucional en Colombia", en *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.), Palestra, Lima, 2007.

Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante*, Cevallos, Quito, 2011.

Bidart Campos, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

Bocanegra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1982.

Brewer Carías, Allan, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977.

Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, 2ª ed., Harla, México, 1995.

Brust, Leo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Salamanca, 2011.

Bujosa Badell, Lorenzo, "La eficacia temporal de las sentencias de los Tribunales Constitucionales", en *Libro de ponencias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Cartagena de Indias, septiembre de 2012.

Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿crean derecho?", *Isonomia*, núm. 18, abril 2003.

Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm 83, mayo/agosto 1995.

Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, t. II, Ejea, Buenos Aires, 1952.

————, *Derecho y proceso*, Ejea, Buenos Aires, 1981.

Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998.

Carrillo de la Rosa, Yasid, "Aspectos básicos de la teoría de la argumentación de Perelman", *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, año 1, núm. 4, Universidad de Cartagena.

Castro Patiño, Iván, *Inconstitucionalidad por omisión*, Guayaquil, 2003.

Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994.

Charloni, Sergio, *La autoridad del precedente jurisprudencial*, La Ley, 2010-F, 799.

Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. 2, Reus, Madrid, 1977.

Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª edición póstuma, Depalma, Buenos Aires, 1979.

Cueto Rua, Julio César, *Common law*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

————, *El common law, su estructura normativa, su enseñanza*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956.

Da Silva, Virgilio Afonso, "La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 12, México, 2005.

De Asís Roig, Rafael, *Jueces y Normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

De la Vega, Augusto Martín, "Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional", en *Temas de Derecho Público*, núm. 68, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Diaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm 44, UNAM-Porrúa, México, 2011.

————, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, 2003.

Espinosa y Saldaña, Eloy, "Sentencias interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, núm 2, Talca, 2006.

Farrell, Martín D., *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos*, La Ley, 2003-F, 1161.

Fazzalari, Elio, *Note in tema di diritto e processo*, Cedam, Milano, 1957.

Fernández Segado, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como legislador positivo", *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 15, vol. 15, 2011.

Fernández, Atahualpa, "Derecho y neurociencia", en *Urbi et Ius*, newsletter núm. 20.

Fernández, Tomás Ramón y García de Enterría, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Cívitas, Madrid, 1992.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, Santiago, Chile, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

————, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 80, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013.

Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 30, UNAM-Porrúa, México, 2009.

García Belaunde, Domingo, *¿Existe el leading case en el derecho peruano?*, www.garciabelaunde.com, Lima, 2001.

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

————, "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", en *Proceso y Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 2009.

García Tomá, Víctor, *La Constitución comentada*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, s/f.

————, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, s/f.

Gargarella, Roberto, *Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas*, en www.cels.org.ar

Garrido, Manuel, "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada", *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, núm. 0, Ad Hoc-Cels -Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001.

Garzón Valdés, Ernesto, *Cerebro y responsabilidad penal*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, enero 2011.

Gómez Orfanel, Germán, "Ley y derechos. La incontrolable vinculación constitucional del legislador en el modelo histórico francés", *Revista Piélagus*, núm. 2, Universidad Surcolombia.

Gómez Pinto, Luis Ricardo, *El control constitucional en colombia: Sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años de control de la acción pública*, Universitas, Bogotá, 2011.

González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1978.

Goodhart, Arthur L., *Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, t. 40.

Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2002.

————, *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.

————, *Garantías, principios y reglas del proceso civil. Sobre el cambio en los principios procesales*, Editorial Académica Española, Madrid, 2012.

————, *La Función Social del Juez*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012.

————, "Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes", Publicado en *La Ley*, 2007-D, del 8 de agosto de 2007.

————————, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, ts. I y II, Porrúa, México, 2011.

————————, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009.

————————, "Alcance y vigencia de los fallos plenarios", en *Respuestas Procesales*, Primera Parte, Ediar, Buenos Aires, 1991.

————————, *Respuestas Procesales*, Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999.

Groppi, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, mayo-agosto 2003.

Guasp, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963.

Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Carbonell, Miguel (ed.), Trotta, Madrid, 2003.

Guerrero, Gonzalo, *La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, desde la reforma constitucional de 2005*, Sentencia ROL 171, 1993.

Gutiérrez Gómez, Giovanni Yair, "Sistemas jurídicos y corrientes que determinan el valor de las fuentes del derecho", *Revista de Derecho Privado*, núm. 36, año 2010, Universidad del Externado.

Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional", en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 3, Porrúa, México, 2005.

Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

Hart, Herbert, *The concept of law*, Oxford University Press, 1961. Versión en español de Genaro Carrió, *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

Hartwig, Matthias, *La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales*, Jurisdicción constitucional en el Siglo XXI, Costa Rica, 2012 (ponencia).

Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Traducción y estudio preliminar de Carlos Ruiz del Castillo, Reus, Madrid, 1927.

Hernández Valle, Rubén, "La problemática de las sentencias normativas", *Estudios Constitucionales*, año 2, vol. 2, núm. 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile.

————, "La problemática de las sentencias normativas", en *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, AAVV por Susana Ynés Castañeda Otsu (coord.), 2ª ed., Jurista, Lima, 2004.

Iturralde, Victoria, "El precedente judicial", *Revista Eunomia*, en *Cultura de la Legalidad*, núm 4, marzo-agosto 2013.

Jinesta, Ernesto, "La interpretación de los derechos y libertades", *Revista de la UNED-Derecho*, Madrid, 2007.

Kastillo Juárez, Carlos A., *La interpretación conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*, Suprema Corte de Justicia de México, publicaciones, sitio web.

Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid 1988.

Lafuente Balle, José, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000.

Landa, César, *Las sentencias atípicas en la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana*, ponencia en el seminario internacional *"La justicia constitucional. Prolegómeno de un Ius Constitutionale Commune en América Latina"*, organizado por el Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009.

Lambert, Edouard*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du controle judiciaire des lois*, París, M. Giard & Cia. 1921.

Legarre, Santiago y Rivera (h.), Julio César, *La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical*, La Ley, 2009-E, 820.

————, "Naturaleza y dimensiones del stare decisis", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, núm. 1, Santiago, 2006.

Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. 3, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Legis, Colombia, 2006.

Lorca Siero, Antonio, *Los jueces y la constitución*, Siloa, Oviedo, 1997.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho,* Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2006.

Manili, Pablo Luis, *"Las nulidades en el derecho constitucional (Un debate pendiente)"*, en *Revista La Ley*, 2005-C, 1000.

Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios,* Palestra, Lima, 2013.

Martínez López, Julián Jesús, *Las éticas modernas y contemporáneas,* en: www.recursostic.educacion.es.

Martínez, Faustino, Reseña de la obra "El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia", de Gustavo Zagrebelsky, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLII, núm 124, enero-abril, 2009.

Modugno, Franco, "Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere Legislativo", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1988

Molina Galicia, René, *Reflexiones sobre una Visión Constitucional del Proceso y su Tendencia Jurisprudencial*, Paredes, Caracas, 2002.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho,* Temis, Bogotá, 1994.

Montero Aroca, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad.* Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000.

Moreno Millán, Franklin, *La acción pública de inconstitucionalidad: efectos temporales de los fallos*, Leyer, Bogotá, 2008.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, 2004.

————, "La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas", en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Santiago, 2010.

————————, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de Derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006.

Olano García, Hernán Alejandro, "Tipología de las sentencias constitucionales", *Universitas*, núm. 108, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, diciembre 2004.

Pegoraro, Lucio, "Los jueces y los profesores: La influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes Constitucionales", en *Libro de Ponencias y Comunicaciones del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 17 al 19 de septiembre de 2013, San Miguel de Tucumán, Argentina.

Peña Torres, Marisol, "El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa", *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1 año 4, Universidad de Talca, 2006.

Pica, Rodrigo, *Algunos aspectos fundamentales acerca de los efectos de la sentencia que resuelve conflictos de constitucionalidad de la ley*, Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Público realizadas en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009.

Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso,* Bosch, Barcelona, 1997.

Piza Escalante, Rodolfo, *Sentencia sobre el debido proceso,* su voto en el fallo 1739/92, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1º de julio de 1992.

Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, 2ª edición actualizada por Víctor Guerrero Leconte, Ediar, Buenos Aires, 2009.

Prieto Sanchís, Luis, "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales", en *Constitución, ley y proceso*, Roberto González Alvarez (coord.), Ara Editores, Lima, 2013.

Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AFDUAM 5, 2001.

Quiroga León, Aníbal, *Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 1997 (mayo), trabajo publicado en la página web de la Pontificia Universidad Católica del Perú (www.pucp.edu.pe).

Quispe Astoquilca, Carlos Luis, *La interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, núm. 13.

Rangel Hernández, Laura, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, enero-junio de 2008.

Requejo Pagés, Juan Luis, *Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional -Ponencia del Tribunal Constitucional de España*, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna, España, 2008.

Rivera Santiváñez, José Antonio, "La jurisprudencia constitucional y su fuerza vinculante", en *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (coords.), Palestra, Lima, 2007.

————, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno", *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, Santiago de Chile, 2006.

Rodríguez, César, *El debate Hart – Dworkin*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1977.

Rojas Amandi, Víctor Manuel, "El concepto de derecho de Ronald Dworkin, Amandi", *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 14(1).

Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas - página web, 2002.

Sagüés, María Sofía, "Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. IV, Porrúa, México, 2003.

Sagüés, Néstor Pedro, "*La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*", La Ley, 2008-E, 837, *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, t. I, 1161.

————, *La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*, La Ley, 2008-E, 837.

————, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, noviembre, año 4, vol. 4, núm. 2, Chile, 2006.

————, "Las sentencias constitucionales exhortativas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, noviembre, año 4, vol. 4, núm. 2, Chile, 2006.

Sánchez – Sanchez, Julia, "Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino", en *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2009.

Sartorio, José, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad*, La Ley.

Schaeur, Frederik, "Has precedente ver really mattered in the Supreme Court", *Giorgia State University Law Review*, vol. 24, invierno 2007.

Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, prólogo de Pedro de Vega García, Tecnos, Madrid, 1983.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1976.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho.* UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.

Taruffo, Michele, "El vértice ambiguo", *Ensayos sobre la Casación Civil*, *Biblioteca de Derecho Procesal*, núm 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005.

————, *La motivazione Della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975.

————, "Precedente y jurisprudencia", en *Precedente: Anuario Jurídico – 2007*, abril, 2010.

Valenzuela Somarriva, Eugenio, *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucion*al, Ediciones Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2005.

Verly, Hernán, "El argumento contramayoritario", *El Derecho*, diario del 1 de octubre de 1991.

Xochitl Garmendia Cedillo, *Control difuso y control de convencionalidad*, Cámara de Diputados de los Estados Unidos de México, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5ª ed., traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

————, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Milán, 1988.

Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Edilex, Guayaquil, 2010.

Zuñiga Urbina, Francisco, "Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas", *Revista Ius et Praxis*, año 14, núm. 2, Talca, 2008.

OBRAS DE LA BIBLIOTECA PORRÚA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Director: Eduardo Ferrer Mac-Gregor

1. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. NéstorPedro Sagüés.
2. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Humberto Nogueira Alcalá.
3. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*... Konrad Hesse y Peter Haberle.
4. *Los problemas de la legitimación en los procesos constitucionales*. Osvaldo Alfredo Gozaíni.
5. *La jurisdicción constitucional de la libertad*... Joaquín Brage Camazano.
6. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Rubén Hernández Valle.
7. *El amparo social*. Juventino V. Castro y Castro.
8. *Escritos sobre justicia constitucional*. Pablo Pérez Tremps.
9. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Iván Escobar Fornos.
10. *La Corte constitucional en Italia*... Alfonso Celotto.
11. *Propuesta sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*. Jorge Carpizo.
12. *Breve historia del ombudsman en México*. José Ramón Narváez Hernández.
13. *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*. Lucio Pegoraro.
14. *Interpretación y Neoconstitucionalismo*. Hernán Alejandro Olano García.
15. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. César Landa.
16. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. Giancarlo Rolla.
17. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. Luis M. Cruz.
18. *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulare*s. Javier Mijangos y González.
19. *El debido proceso constitucional*. Juan Colombo Campbell.

20. *La justicia constitucional*... Allan R. Brewer-Carías.
21. *¿El tercero ausente? Escritos sobre el poder judicial*. Miguel Carbonell.
22. *El tribunal constitucional peruano y su dinámica jurisprudencial*. Luis Castillo Córdova.
23. *La prueba en los procesos constitucionales*. Ana Giacomette Ferrer.
24. *El derecho procesal constitucional en perspectiva*. Domingo García Belaunde.
25. *La prueba de irregularidades determinantes en el derecho electoral*. Arturo Bárcena Zubieta.
26. *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. Ernesto Rey Cantor.
27. *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*. Carlos Báez Silva.
28. *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional*. Enrique Carpizo.
29. *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*. Andry Matilla (comp.).
30. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. H. Fix-Zamudio y E. Ferrer Mac-Gregor.
31. *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*. Francisco Javier Díaz Revorio.
32. *El control de legalidad y de constitucionalidad en Francia*. Janine Otálora Malassis.
33. *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*. Laura Rangel Hernández.
34. *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*. Javier García Roca.
35. *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*. Ángela Figueruelo Burrieza.
36. *Constitución, democracia y jurisdicción electoral*. José Ramón Cossío Díaz.
37. *La magistratura estatal*. Víctor Manuel Collí Ek.
38. *El amparo en la Argentina: origen y trayectoria*. Carlos A. Vallefín.
39. *La justicia constitucional en Eslovenia*. Ame Marjan Mavéié.
40. *La cláusula de supremacía constitucional*. Marcos del Rosario Rodríguez.
41. *Introducción al estudio del juicio de revisión constitucional electoral*. S. Nieto y C. De los Cobos.

42. *Argumentación constitucional*. M. Atienza y R. Vigo
43. *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado*. Giovanni A. Figueroa Mejía.
44. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. F. Javier Díaz Revorio.
45. *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. César Landa.
46. *Marbury vs. Madison. Una sentencia bicentenaria*. Pablo L. Manili (coord.).
47. *En torno al derecho procesal constitucional*. Domingo García Belaunde (coord.).
48. *El juez constitucional en el mundo*. Julio Bustillos.
49. *El diálogo entre los tribunales constitucionales*. Rodrigo Brito Melgarejo.
50. *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional*. Guillaume Tusseau.
51. *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*. Gonzalo Aguilar, Sandra Lafosse, Hugo Rojas y Rébecca Steward.
52. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. Rafael Bustos Gisbert.
53. *1857, Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional*. Rafael Estrada Sámano y Rafael Estrada Michel.
54. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución*. Francisco Vázquez-Gómez Bisogno.
55. *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Gerardo Eto Cruz.
56. *El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano*. S. Nieto y L. Espíndola.
57. *Derecho procesal constitucional aleman*. Leonardo Martins.
58. *Suprema Corte y controversias constitucionales*. María Amparo Hernández Chong Cuy.
59. *Medidas provisionales en situaciones de vida o muerte*. Clara Burbano Herrera.
60. *Jurisprudencia del tribunal constitucional español*. Roberto Niembro Ortega, Luis Pomed Sánchez y Luis Alberto Trejo Osornio (coords.).
61. *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*. Juan Manuel Acuña.
62. *Derechos humanos y su protección constitucional*. José Luis Soberanes.

63. *El control judicial de la reforma constitucional*. Sabrina Ragone.
64. *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley.* José Ignacio Núñez Leiva.
65. *La Suprema Corte y la transición democrática.* Roberto Ávila Ornelas.
66. *Glosario de derecho público comparado.* Lucio Pegoraro (coord.).
67. *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos*. Juan Cianciardo (coord.).
68. *Los amparos primigenios (1848-1865)*. Manuel González Oropeza.
69. *El acceso de las víctimas a la justicia de la Corte Penal Internacional.* Jorge Rivero Evia.
70. *La garantía del ne bis in idem.* Santiago Ottaviano.
71. *Escritos procesales constitucionales.* Rubén Sánchez Gil.
72. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad.* Carlos Ayala Corao.
73. *Igualdad y orientación sexual.* Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.).
74. *La dignidad humana en serio.* Fernando Rey Martínez.
75. *Oralidad y debido proceso.* Luis A. 1. Montesano.
76. *Interpretación y garantías constitucionales.* Raúl Canosa Usera.
77. *Diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. Laurence Burgorgue-Larsen.
78. *La tutela de los derechos humanos constitucionales*. Giancarlo Rolla.
79. *La introducción del juicio de amparo en el sistema jurídico francés*. Ana Ruth Herrera Gómez.
80. *El nuevo juicio de amparo*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil.
81. *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. Claudio Nash.
82. *Selección y designación de jueces de distrito*. Luis Fernando Angulo Jacobo.
83.
84.
85.
86.
87.
88.
89.
90.

91.
92.
93.
94.
95.
96.
97.
98.
99.
100.
101.
102.
103.
104.
105.
106.
107.
108.
109.
110.
111.
112.
113.