

PJ
CG
342.7293
E562p
2019

SCJ
Ej.1



ENCUENTRO DE JUECES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES”

10 DE SEPTIEMBRE DE 2019
SANTO DOMINGO, D. N. • REPÚBLICA DOMINICANA

ÍNDICE

PRECEDENTES ESENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DEBIDO PROCESO

EL CAMBIO DE PRECEDENTE

Mag. Rafael Díaz Filpo

LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. UNA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NECESARIA Y CONFLICTIVA

Mag. Hermógenes Acosta de los Santos

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Bernabel Moricete Fabián

MODULACIONES CONSTITUCIONALES

(o la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales)

Dr. Boris Barrios González

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: EXTENSIÓN Y LÍMITES

Domingo García Belaunde

DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS VINCULANTES DE LA SENTENCIA

Gloria Patricia Porras Escobar

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Dr. Hernán A. De León Batista

¿EXTRALIMITACIÓN O DELIMITACIÓN DE SU AUTONOMÍA PROCESAL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Juan Fernando Durán Alba

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE: IMPLICACIONES

Leyda Margarita Piña Medrano

RACIONALIDAD Y (AUTO)PRECEDENTE

Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente

Marina Gascón

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA Y EFECTO VINCULANTE: EL CASO COSTARRICENSE

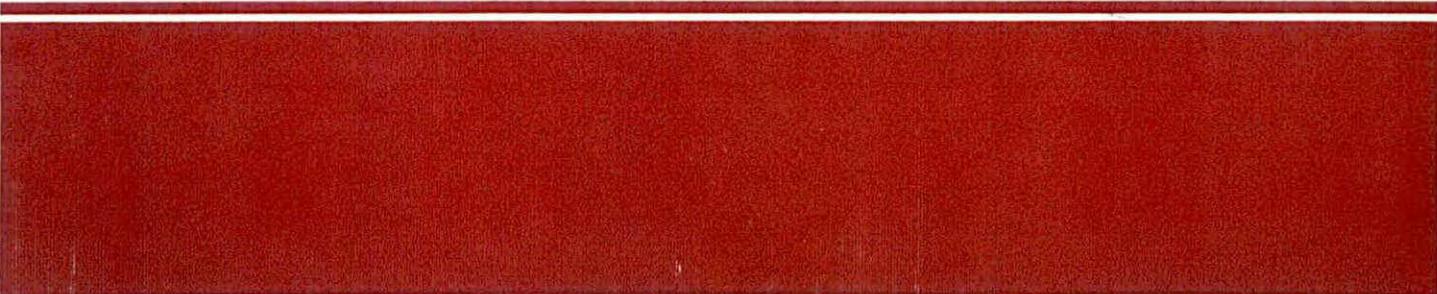
Marvin Carvajal Pérez

LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO

Miguelina Ureña Núñez



**PRECEDENTES ESENCIALES
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EN MATERIA DE DEBIDO PROCESO**





REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA

PRECEDENTES ESENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DEBIDO PROCESO¹

1.2. Sumario. - 1. Precedente. 1.1. Naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional. 1.2 Cambio de precedente. 1.3. Modalidades de sentencias constitucionales. 1.3.1. Sentencias constitucionales de derecho comparado. 1.3.2. Sentencias interpretativas. 1.3.3. Sentencias exhortativas. / **Principios Resolución 1920/2003 SCJ.** 2. Sentencias sobre Debido Proceso. 2.1 Principio de Juicio Previo. 2.2. Principio de Juez Natural. 2.3. Principio de Imparcialidad 2.4. Principio de legalidad. 2.5. Plazo Razonable. 2.6. *Non bis in idem*. 2.7. Dignidad Humana. 2.8. Principio de Igualdad ante la ley. 2.9. Principio de igualdad entre las partes en el proceso. 2.10. Derecho a la no auto incriminación. 2.11. Presunción de inocencia. 2.12. Estatuto de libertad. 2.13. Personalidad de la Persecución. 2.14. Derecho de defensa. 2.15. Formulación precisa de cargos. 2.16. Derecho al recurso. 2.17. Separación de funciones. 2.18. Obligación de los jueces decidir. 2.19. Motivación de las decisiones. 2.20. Principio de legalidad de la prueba. 2.21. Derecho a la defensa técnica. / **Art. 69 Constitución República Dominicana.** 3.1. Art. (69.1) Derecho a una justicia accesible 3.2. (Art. 69.2) Derecho a ser oído / plazo razonable / jurisdicción competente. 3.3. (Art. 69.3) Presunción de inocencia. 3.4. (Art. 69.4) Derecho a juicio oral, público y contradictorio. 3.5. (Art. 69.5) *Non bis in idem*. 3.6. (Art. 69.6) Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo. 3.7. (Art. 69.7) Principio de legalidad. 3.8. (Art. 69.8) Legalidad de la prueba. 3.9. (Art. 69.9) Derecho al recurso de las decisiones. Órgano superior no puede agravar la pena 3.10. (Art. 69.10) Normas del debido proceso (aplicabilidad en todas las actuaciones administrativas y judiciales).

1. Precedente/ conceptualización

1. TC/0158/13
2. TC/0193/13
3. TC/0193/13
4. TC/0261/14
5. TC/0150/17 * – Obligatoriedad, fuerza vinculante tanto vertical como horizontal²

¹ La enunciación de precedentes que en el presente documento se realiza es descriptiva de los puntos respecto de los cuales se incluye la decisión del Tribunal Constitucional. Por tal motivo, es posible que respecto de un punto en específico se haya producido uno o varios precedentes adicionales a los descritos, y su no inclusión en este documento no implica que tal o tales precedentes carezcan de validez o haya habido cambio o reorientación. El presente no es un documento oficial, sino que se realiza con fines exclusivamente académicos para identificar, de manera descriptiva, pero no limitativa ni excluyente, los precedentes del Tribunal Constitucional en materia de debido proceso, tomando como base el esquema del artículo 69 de la Constitución de la República y la Resolución 1920-2003 emitida por la Suprema Corte de Justicia.

² Ver página 48 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc015017/>



REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA

1.1. Naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional / Carácter vinculante

1. TC/0566/15³ – Carácter vinculante art. 54.8 LOTCPC.
2. TC/0189/16 - Principio *stare decisis*⁴
3. TC/0606/15 – Principio *stare decisis*⁵
4. TC/0521/16⁶ * – Carácter irrevocable y definitivo (recurso contra sentencia de TC jurídicamente inexistente)⁷ OJO: Para el caso de la figura del acto jurídicamente inexistente, ver también TC/0046/12; y Sentencias de la Sala Civil y Comercial de la SCJ de fechas 10 y 17 de octubre de 2012, pág. 12.
5. T/0360/17 * – Carácter vinculante no solo por mandato constitucional expreso, sino también por la función de órgano de cierre del sistema de justicia constitucional
6. TC/0150/17 * – Obligatoriedad, fuerza vinculante tanto vertical como horizontal

1.2. Cambio de precedente / discontinuación

1. TC/0071/13⁸ * - Descontinúa la tesis de que la revisión no representa una segunda instancia, lo que permite al TC conocer el fondo de la acción de amparo.
2. TC/0094/13 - Deber de motivar la variación de un criterio jurisprudencial
3. TC/0143/15⁹ * - Varía criterio TC/0335/14, sobre el computo del plazo de los RRCDJ.¹⁰
4. TC/0566/15¹¹ - Facultad del TC para variar precedentes y condiciones exigibles.
5. TC/0453/17¹² - Replantea el precedente TC/0050/14, estableciendo el amparo como vía idónea sobre las solicitudes de información aún se refiera a la misma persona, dentro del

³ Ver página 10 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc056615/>

⁴ Ver página 72 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc018916/>

⁵ Ver página 20 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc060615/>

⁶ Ver páginas 12 y 14

<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc052116/>

⁷ Ver también TC/0361/17; TC/0690/17; TC/0401/18

⁸ Ver página 13 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc007113/>

⁹ Ver página 17. <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc014315/>

¹⁰ TC/0335/14 estableció que el computo del plazo era franco y hábil como el recurso de revisión de sentencia de amparo. TC/0143/15, cambió el criterio estableciendo que dicho plazo se computan los días en francos y calendarios.

¹¹ Ver página 10. Cambia el precedente desarrollado en la TC/0035/12 referente a interpretación del art. 54.8 LOTCPC. <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc056615/>

¹² Ver página 23 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc045317/>



REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA

ámbito de aplicación del derecho a la libertad de información (art. 49.1 CRD) y Ley 200-04.

6. **TC/0438/17^{13*}** - Varía criterio del beneficiario del astreinte y establece responsabilidad del TC en aquellos casos que el órgano fije en el marco de una revisión constitucional.

1.3. Modalidades de sentencias constitucionales

1.3.1. Derecho comparado:

- a. **Sentencias de unificación:** (TC/0123/18; TC/249/18; TC/0250/18; TC/0261/18; TC/0271/18)

1.3.2. Sentencias interpretativas:

b. **Manipulativa:**

- i. **TC/0171/16 * ¹⁴** Caso "Copy Solution" (no aplicabilidad de los arts. 6, 38, 67, 71, 72 y 75 de la Ley núm. 340-06 a los órganos y entes de rango constitucional con autonomía reforzada.
- ii. **TC/0161/13 * ¹⁵** manipulativa y reductora sobre el cobro cuota regulatoria por portabilidad numérica (Resolución núm. 080-09, de fecha 11 de agosto de 2009, Consejo Directivo del Indotel.

c. **Manipulativa de tipo condicional**

- i. **TC/0170/16^{16*}**: Art. 15 de la Ley núm. 307, sobre la inembargabilidad de los bienes del INPOSDOM, salvo que medien créditos de tipo laboral reconocidos por sentencias que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

¹³ Ver página 18

¹⁴ Ver página 35 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc017116/>

¹⁵ Ver página 18 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016113/>

¹⁶ Ver página 24 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc017016/>



REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA

d. Aditiva:

- i. **TC/0339/14^{17*}**: Interpretación de los arts. 12, 14, y 41 de la Ley núm. 2334-1885, sobre Registro de los Actos Civiles, Judiciales y Extrajudiciales.
- ii. **TC/0484/16^{18*}**: Interpretación de los artículos 4.2; 10; 25.13; 40 y 88 de la Ley núm. 172-13, sobre Protección de Datos de Carácter Personal del 15 de diciembre de 2013.
- iii. **TC/0830/18¹⁹**: art. 6 de la Ley núm. 11-92, que instaura el Código Tributario, añadiendo las demás medidas conservatorias que prevé el CPC.

1. Reductora:

- i. **TC/0214/19^{20*}**: Interpretación del art. 45 de la Ley núm. 33-18, de, Agrupaciones y Movimientos Políticos, de trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018).
- ii. **TC/0093/16²¹**: Interpretación del art. 170 del Reglamento de Carrera Judicial.

1.3.3. Sentencias exhortativas

1. **TC/0110/13^{22*}** - Declaró inconstitucional la Resolución 14379-5 de la PGR, que regula el otorgamiento de la fuerza pública. Exhorta al Congreso legislar mediante ley orgánica el modo en que el Poder Judicial ejercerá la facultad ejecutiva jurisdiccional
2. **TC/0274/13^{23*}** – Exhorta al Congreso emitir una nueva ley del Colegio de Abogados para subsanar la situación de inconstitucionalidad por vicio del procedimiento.
3. **TC/0234/14^{24*}** - Exhorta al Congreso para que en un plazo de 2 años adecúe el acápite h) del artículo 6 de la Ley 385-98, por incompatibilidad de la función de control y fiscalización conferido al Congreso.

¹⁷ Ver página 27 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc033914/>

¹⁸ Ver página 52 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc048416/>

¹⁹ Ver página 36 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc083018/>

²⁰ Ver página 27 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc021419/>

²¹ Ver página 16 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc009316/>

²² Ver página 16 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc011013/>

²³ Ver página 30 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc027413/>

²⁴ Ver página 20 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc023414/>



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

4. **TC/0189/15**²⁵ * - Vacío normativo regulatorio del indulto, para establecer claro las condiciones de selección de candidatos, modalidades, procedimiento y excepciones.
5. **TC/0489/15**²⁶ * - Exhorta al Congreso legislar por un régimen casacional más equilibrado, que delimite por su cuantía los asuntos que acceden a la SCJ
6. **TC/0610/15**²⁷ - Exhorta al Estado Dominicano adoptar políticas que ayuden a atenuar los efectos nocivos de crisis económicas que puedan producirse.

1.4. Violación a un precedente del Tribunal Constitucional / Sentencia que anula con envío

1. **TC/0360/17**²⁸ * – Tribunal de envío no conoció nuevamente el caso bajo los lineamientos establecidos por el TC.
2. **T/0271/18**²⁹ * – Elusión de las Salas Reunidas de la SCJ al mandato de la Sentencia TC/0375/16. Carácter irrenunciable de los derechos adquiridos laborales, aún se haya suscrito acuerdo transaccional y desistimiento.

2. Sentencias sobre Debido Proceso

1. **TC/0048/12** – Criterios / aplicabilidad en materia judicial como administrativa³⁰
2. **TC/0009/13** – Requisitos
3. **TC/0129/18** – Debido proceso administrativo (Destitución sin culminación del proceso penal).
4. **TC/0365/18** - Debido proceso administrativo (Inobservancia a los principios de buena administración]

2.1. Juicio Previo

1. **TC/0390/17**

²⁵ Ver página 18 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc018915/>

²⁶ Ver página 30 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc048915/>

²⁷ Ver página 35 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc061015/>

²⁸ Ver página 29. <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc036017/>

²⁹ Ver páginas 27 y siguientes

<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc027118/>

³⁰ En ese sentido ver también: TC/0201/13, del trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013); TC/0011/14, del catorce (14) de enero de dos mil catorce (2014); TC/0133/14, del ocho (8) de julio de dos mil catorce (2014)



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

2.2 Principio de Juez Natural

1. TC/0251/18³¹ – Noción
2. TC/0480/15 – Componente del debido proceso administrativo sancionador / noción

2.3. Principio de imparcialidad

1. TC/0136/18 – Doble dimensión; Imparcialidad objetiva (noción).
2. TC/0234/14 – Independencia e imparcialidad del servidor público
3. TC/0185/15 – Imparcialidad de los Jueces (experiencia política o ex militancia partidaria)
4. TC/0284/15 – Tutela judicial efectiva (imparcialidad de los Jueces)
5. TC/0531/15 – Imparcialidad de los Jueces
6. TC/0483/15 – Imparcialidad subjetiva (proceso penal)
7. TC/0093/16 – Imparcialidad objetiva (noción)

2.4. Principio de legalidad

1. TC/0032/13 – Relación con los principios de supremacía constitucional y seguridad jurídica
2. TC/0017/13 – Legalidad tributaria
3. TC/0183/14 – Configuración
4. TC/0344/14 – Alcance
5. TC/0484/16 – Características *lex certa, lex scripta, lex praevia*
6. TC/0619/16 – Legalidad de la administración (Dimensiones – Noción)
7. TC/0285/17 – Excusa penal – modificación de la Ley vía jurisprudencia
8. TC/0365/17 – Legalidad penal
9. TC/0162/18 – Noción

2.5. Plazo razonable

1. TC/0021/13 – Dilación en cuanto a recursos administrativos / Reglamentación de condiciones de acceso
2. TC/0083/13 – Derecho a ejecutar lo decidido
3. TC/0363/17

³¹ Ver página 28 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc025118/>



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

2.6. *Non bis in idem*

1. TC/0027/14
2. TC/0375/14
3. TC/0381/14
4. TC/0311/15 – Noción
5. TC/0563/15 – Aplicación restringida / perspectiva de índole material y procesal
6. TC/0504/17 – Noción
7. TC/0308/18
8. TC/0368/18 – Triple identidad

2.7. Dignidad Humana

1. TC/0005/13 – Fundamento del Estado / Interés superior del niño
2. TC/0053/14 – Concepto
3. TC/0081/14 – Contenido
4. TC/0061/15
5. TC/0070/15 – matrimonio de la mujer luego del divorcio
6. TC/0555/15* – Celdas carcelarias
7. TC/0122/16 – Derecho de pensión (afectación)

2.8. Principio de Igualdad ante la ley

2. TC/0223/18 – Presunción legal / igualdad de armas
3. TC/0337/16
4. TC/0563/15

2.9. Igualdad procesal

1. TC/0071/15 – Definición y alcance. Principio de igualdad de armas.
2. TC/0027/15
3. TC/0071/15



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

2.10. Derecho a la no auto incriminación

1. TC/0292/18
2. TC/0171/19 – Noción / Configuración

2.11. Presunción de inocencia

1. TC/0051/14
2. TC/0220/14 – Aplicación
3. TC/0380/15
4. TC/0536/15 – Suspensión del contrato de trabajo por privación de libertad (descansa en el principio de presunción de inocencia)
5. TC/0153/18 – Certificación de No Antecedentes Penales.

2.12. Estatuto de libertad

1. TC/0191/15 – Tratado de extradición entre Rep. Dom. EEUU
2. TC/0380/15
3. TC/0191/19

2.13. Personalidad de la Persecución

No hemos determinado la existencia de precedentes en este aspecto.

2.14. Derecho de defensa

1. TC/0004/18 – Violación se configura cuando la persona no le haya sido posible defenderse
2. TC/0056/18 – Noción
3. TC/0129/18
4. TC/0198/18 – Notificación irregular a domicilio desconocido
5. TC/0296/18* – Irregularidad en el procedimiento de notificación en el extranjero
6. TC/0305/18* – Retraso judicial / Derecho a recibir asistencia legal inmediata / impedimento de entrada a abogados



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

7. **TC/0464/18**³² – Notificación de sentencia / debe ser íntegra
8. **TC/0426/18** – Contenido

2.15. Formulación precisa de cargos

1. **TC/0539/18** – Noción y configuración / condición indispensable del derecho de defensa
2. **TC/0171/19** – Falta de juicio disciplinario
3. **TC/0015/19** – Falta de proceso administrativo disciplinario / no existencia de haber sido puesto a disposición de la justicia.
4. **TC/0029/19**

2.16. Derecho al recurso

1. **TC/0002/14** – Alcance ³³
2. **TC/0353/14** – Auto de apertura a juicio
3. **TC/0311/15** – Límites
4. **TC/0177/15** – Regulación³⁴
5. **TC/0427/15** – Violación
6. **TC/0489/18** – Límites al recurso de casación

2.17. Separación de funciones

No hemos determinado la existencia de precedentes en este aspecto.

2.18. Obligación de los jueces decidir

1. **TC/0326/16** – Juez de amparo³⁵
2. **TC/0123/16** – Juez de amparo / no sobreseimiento de la acción
3. **TC/0129/17** – Obligación de responder ³⁶
4. **TC/0394/18**

³² Ver también TC/0564/18

³³ Ver también TC/0142/15; TC/0337/14; TC/0340/14; TC/0353/14; TC/0355/14; TC/0360/14 y TC/0401/14

³⁴ Ver también TC/0563/15

³⁵ Ver también 1. TC/0351/14

³⁶ Ver también TC/0195/17 y TC/0421/17



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

- 5. TC/0080/18
- 6. TC/0459/18

2.19. Motivación de las decisiones

- 1. TC/0265/17 * – Fuente de legitimación del juez y las decisiones (citando Resolución 1920/2003 SCJ.³⁷
- 2. TC/0009/13 * - Test de la debida motivación
- 3. TC/0077/14 – Deber /Requisitos / Características
- 4. TC/0135/14 – Deber / Requisitos
- 5. TC/0501/15

a. Contradicción / deber de justificar la declaración de inadmisibilidad

- i. TC/0368/15
- ii. TC/0405/15
- iii. TC/0573/15

b. Incongruencia (Excepción de incompetencia manejada como medio de inadmisibilidad / Concurrencia de dos causales de inadmisión / Declaración de inadmisibilidad con valores al fondo

- i. TC/0210/15
- ii. TC/0300/15
- iii. TC/0306/15
- iv. TC/0310/15
- v. TC/0353/15
- vi. TC/0368/15
- vii. TC/0499/15
- viii. TC/0570/15
- ix. TC/0573/15

c. Exposición de fórmulas generales o vacías

- i. TC/0367/15

³⁷ Ver página 18 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc026517/>



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

- ii. TC/0384/15
- iii. TC/0407/15
- iv. TC/0421/15
- v. TC/0513/15

d. Supuesto de admisibilidad Art. 426 CPP

- i. TC/0503/15
- ii. TC/0513/15
- iii. TC/0128/16
- iv. TC/0132/16rada
- v. TC/0164/16
- vi. TC/0252/16
- vii. TC/0329/16

e. Falta de motivación (Variación o modificación de aspectos (sentencia impugnada)

- i. TC/0376/15

2.20. Principio de legalidad de la prueba

- 1. TC/0060/17 –Conceptualización / violación
- 2. TC/0264/17
- 3. TC/0436/18
- 4. TC/0551/18

2.21. Derecho a la defensa técnica

- 1. TC/0018/12* – Impedimento al acceso a un defensor público / impedimento asistencial legal inmediata / impedimento de entrada de abogados a centro penitenciario / necesidad de contar con un protocolo que regule la entrada y salida de defensores públicos.
- 2. TC/0425/15
- 3. TC/0578/17
- 4. TC/0305/18



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

3.1 (Art. 69.1) Derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita

1. TC/0083/15
2. TC/0297/15
3. TC/0568/15

3.2. (Art. 69.2) Derecho a ser oído / plazo razonable / jurisdicción competente

3.2.1. Derecho a ser oído (derecho de defensa)

1. TC/0217/13 – Derecho a ser oído
2. TC/0004/18 – Violación se configura cuando la persona no le haya sido posible defenderse
3. TC/0056/18 – Noción
4. TC/0129/18
5. TC/0198/18 – Notificación irregular a domicilio desconocido
6. TC/0296/18* – Irregularidad en el procedimiento de notificación en el extranjero
7. TC/0305/18* – Retraso judicial / Derecho a recibir asistencia legal inmediata / impedimento de entrada a abogados
8. TC/0464/18³⁸ – Notificación de sentencia / debe ser íntegra
9. TC/0426/18 – Contenido
10. TC/0531/15 – Imparcialidad de los órganos jurisdiccionales

3.2.2. Plazo razonable

1. TC/0018/12
2. TC/0021/12
3. TC/0079/12
4. TC/0021/13 – Dilación en cuanto a recursos administrativos / Reglamentación de condiciones de acceso
5. TC/0083/13 – Derecho a ejecutar lo decidido
6. TC/0168/15
7. TC/0363/17

³⁸ Ver también TC/0564/18



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

3.2.3. Jurisdicción competente

1. TC/0108/13 – Sanción penal por no pago de costas
2. TC/0168/15
3. TC/0110/15
4. TC/0304/15

3.3. (Art. 69.3) Presunción de inocencia

1. TC/0051/14
2. TC/0220/14 – Aplicación
3. TC/0380/15
4. TC/0536/15 – Suspensión del contrato de trabajo por privación de libertad (descansa en el principio de presunción de inocencia)
5. TC/0575/15
6. TC/0153/18 – Certificación de No Antecedentes Penales.

3.4. (Art. 69.4) Derecho a juicio oral, público y contradictorio

1. TC/0168/15
2. TC/0068/13
3. TC/0217/13

3.5. (Art. 69.5) Non ibs in idem

1. TC/0027/14
2. TC/0375/14
3. TC/0381/14
4. TC/0311/15 – Noción
5. TC/0563/15 – Aplicación restringida / perspectiva de índole material y procesal
6. TC/0504/17 – Noción
7. TC/0308/18
8. TC/0368/18 – Triple identidad



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

3.6. (Art. 69.6) Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo

1. TC/0292/18
2. TC/0171/19 – Noción / Configuración

3.7. (Art. 69.7) Principio de legalidad

1. TC/0032/13 – Relación con los principios de supremacía constitucional y seguridad jurídica
2. TC/0017/13 – Legalidad tributaria
3. TC/0183/14 – Configuración
4. TC/0344/14 – Alcance
5. TC/0484/16 – Características *lex certa, lex scripta, lex praevia*
6. TC/0619/16 – Legalidad de la administración (Dimensiones – Noción)
7. TC/0285/17 – Excusa penal – modificación de la Ley vía jurisprudencia
8. TC/0365/17 – Legalidad penal
9. TC/0162/18 – Noción

3.8. (Art. 69.8) Principio de legalidad de la prueba

1. TC/0060/17 – Conceptualización / violación
2. TC/0264/17
3. TC/0436/18
4. TC/0551/18

3.9. (Art. 69.9) Derecho al recurso de las decisiones. Órgano superior no puede agravar pena.

1. TC/0002/14 – Alcance³⁹
2. TC/0353/14 – Auto de apertura a juicio
3. TC/0311/15 – Límites
4. TC/0177/15 – Regulación⁴⁰
5. TC/0427/15 – Violación
6. TC/0467/18
7. TC/0489/18 – Límites al recurso de casación

³⁹ Ver también TC/0142/15; TC/0337/14; TC/0340/14; TC/0353/14; TC/0355/14; TC/0360/14 y TC/0401/14

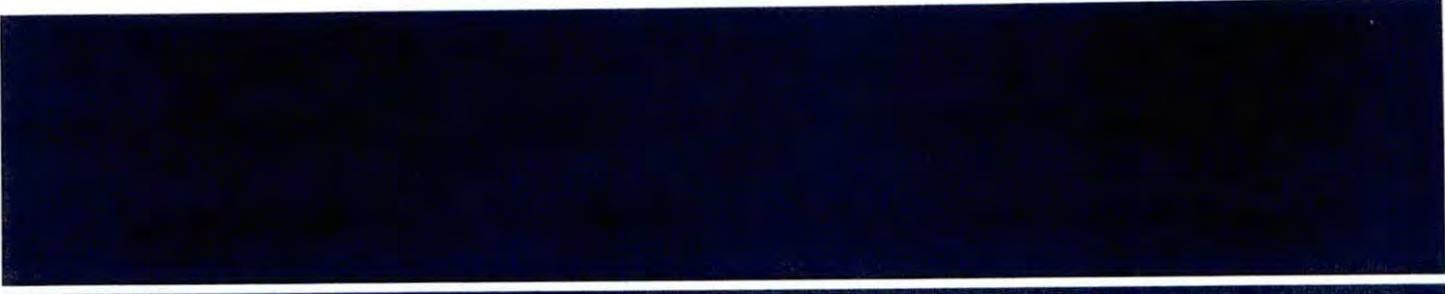
⁴⁰ Ver también TC/0563/15



**REPÚBLICA DOMINICANA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA**

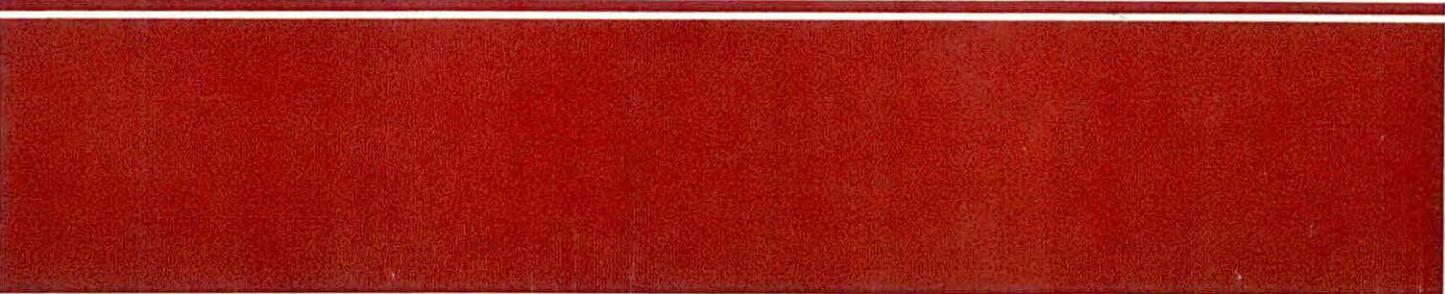
3.10. (Art.69.10) Normas del debido proceso (aplicables en todas las actuaciones administrativas y judiciales)

1. TC/0021/12
 2. TC/0031/12
 3. TC/0048/12
 4. TC/0068/13
 5. TC/0186/13
 6. TC/0200/13
 7. TC/0201/13
 8. TC/0217/13
 9. TC/0290/13
-



EL CAMBIO DE PRECEDENTE

Mag. Rafael Díaz Filpo



El cambio de precedente

Mag. Rafael Díaz Filpo

Cuando se habla del precedente, nos referimos a la integración o interpretación del ordenamiento realizado por el juez, con la finalidad de darle solución a un caso que le fue planteado, y que puede servir para resolver una situación de hecho con las mismas características.

El catedrático colombiano Carlos Bernal Pulido sostiene que:

“El precedente constitucional es un caso especial de jurisprudencia. Es un precedente constitucional toda ratio decidendi que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya. En este sentido, el precedente constitucional es un argumento contenido en la parte motiva de toda sentencia de la Corte Constitucional, que (...), se diferencia del fallo y de los obiter dicta o afirmaciones de carácter general, en que en estricto sentido no representa un pilar de la sentencia, sino solo una razón argumentativa de orden secundario¹”.

El catedrático dominicano Franklin E. Concepción Acosta expone que el precedente constitucional es la parte de una sentencia dictada por una jurisdicción constitucional donde se especifica el alcance de una disposición de rango constitucional; es decir, es aquello que la Constitución prohíbe, admite, ordena o habilita para un tipo concreto de hecho en indeterminadas cláusulas. Señala, además, que el precedente constitucional es la parte de las motivaciones de una decisión emanada de un juez o tribunal, tomada después de un razonamiento sobre un asunto de derecho que le fue planteado en un

¹ BERNAL PULIDO, Carlos, “El Derecho de los Derechos”, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 151.

caso concreto, y que es necesario para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en casos siguientes en que se plantee otra vez la misma cuestión.

Concepción Acosta señala que:

“(…), cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro básicamente análogo. En el caso específico el precedente constitucional, es necesario que las disposiciones constitucionales hayan intervenido de forma exclusiva o no, en la creación jurisdiccional de la norma. En conclusión, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al derecho adjetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a emplearla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo²”.

Con la proclamación de la Constitución de la República Dominicana, el 26 de enero de 2010, se incorpora al sistema de justicia constitucional el Tribunal Constitucional, el cual, de conformidad con el artículo 184 del texto sustantivo, dictará decisiones que son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Esto indica de manera clara que el Tribunal Constitucional tiene una doble función básica; por un lado, resolver los asuntos sometidos en base a su competencia, y por el otro lado, ser un tribunal de precedentes, es decir,

² CONCEPCIÓN ACOSTA, Franklin E. “El precedente constitucional en la República Dominicana” Santo Domingo, 2014, p. 47.

establecer por medio de su jurisprudencia, la política constitucional a todos los poderes públicos y órganos del Estado.

La regla que el Tribunal Constitucional establece como precedente, a partir de un caso determinado, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad, sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, ya que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión del máximo intérprete de la constitucionalidad.

Antecedentes del precedente constitucional

A juicio del jurista peruano Roger Rodríguez Santander, los antecedentes del precedente constitucional se encuentran en la tradición anglosajona, comprendida en el reinado de Enrique II, entre los años 1154 a 1189, ya que:

“(..) en ánimo de hacer frente a la diversidad del sistema jurídico que pretendían imponer los tribunales de las distintas corporaciones (feudos, iglesias, comercio, etc.), se relegó el derecho de los libros (statute books) a favor de un derecho de sentido práctico, aplicado uniformemente por los tribunales reales (Commo Pleas, King’s Bench y Exchequer) y que imponían un Derecho Común (common law) sustentado en las costumbres que derivaban del reconocimiento de una ley natural”.

Rodríguez Santander señalaba además que el Derecho Común era un derecho de creación judicial, y que fallar en contra de los criterios fijados por los tribunales de mayor jerarquía era una violación flagrante del Derecho³. Este mismo autor indica que esta fue la última tesis que *“prevalció en Inglaterra durante todo el siglo XIX, siendo asumida a nivel institucional, y abriéndose paso, consecuentemente, la doctrina del precedente vinculante, y con ella el principio de stare decisis et non quieta movere. En este escenario, se consideraba que los jueces tenían una absoluta vinculación a los precedentes judiciales que habían alcanzado la calidad de reglas uniformes en el pasado, por lo que ya no debían participar en su modificación, sino tan solo en su observación. La derogación del derecho vigente debía ser una competencia exclusiva del Parlamento. Esta posición fue asumida primero en el caso Bemish Vs. Beamish del 1861, y se ratificó más claramente en el caso London Tramways Co. Vs. London Country Council de 1868”*⁴.

La jurisdicción constitucional en la República Dominicana asume la función de ser un legislador negativo y positivo a la vez, en virtud de las diversas modalidades de sentencias que este órgano puede dictar de conformidad con el artículo 47 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 47.- Sentencias interpretativas. El Tribunal Constitucional, en todos los casos que conozca, podrá dictar sentencias interpretativas de desestimación o rechazo que descartan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto impugnado, en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la

³ CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro (coordinadores). *“Estudios al precedente constitucional”*. Lima: Palestra Ediciones. 2007, p. 34.

⁴ CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro (coordinadores). *“Estudios al precedente constitucional”*. Lima: Palestra Ediciones. 2007, p. 42.

Constitución o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados”.

“Párrafo I.- *Del mismo modo dictará, cuando lo estime pertinente, sentencias que declaren expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte íntegramente a su texto”.*

“Párrafo II.- *Las sentencias interpretativas pueden ser aditivas cuando se busca controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en el sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto o cuando se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado”.*

“Párrafo III.- *Adoptará, cuando lo considere necesario, sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada”.*

Los tribunales constitucionales, al momento de emitir sus fallos, deben tener claras sus decisiones, debido a que marcan precedentes vinculantes para todos los poderes y órganos del Estado, ya que los precedentes se convierten en una fuente obligatoria del Derecho.

Efectos del precedente constitucional

En sentido formal, la configuración del precedente constitucional en el sistema de justicia dominicano es vinculante, y se remonta al artículo 184 de la Constitución proclamada y votada por la Asamblea Nacional Revisora el 26 de enero de 2010, y al artículo 31 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, los cuales al establecer la figura del Tribunal Constitucional, disponen que sus decisiones

son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.

A juicio de los catedráticos peruanos Pedro Grández Castro y Edgar Carpio Marcos, los efectos del precedente constitucional son los siguientes:

- a) *“El precedente no puede ser desacatado por la legislación ordinaria;*
- b) *Tratándose de precedentes que establecen criterios de interpretación constitucional frente a supuestos normativos provenientes de la ley que han confirmado la constitucionalidad de la misma, no solo no pueden ser revisados en sede judicial, sino que tienen la virtud de anular la potestad de un eventual control judicial difuso por parte del juez ordinario;*
- c) *Solo el tribunal puede variar el contenido normativo de un precedente normativo, aportando razones para ello;*
- d) *Las limitaciones a su uso solo pueden provenir del propio tribunal (self-restraint), puesto que la imposición de límite terminaría por anular la propia esencia y la autonomía institucional irremplazable en un Tribunal Constitucional”⁵.*

El precedente constitucional vincula a los poderes públicos, tribunales inferiores y superiores, así como a los ciudadanos en general que se encuentran efectivamente relacionados con los criterios, orientaciones y principios establecidos mediante la doctrina jurisprudencial. Respetar el precedente es una función esencial dentro del ordenamiento jurídico. Los tribunales, en especial el Tribunal Constitucional, deben ser consistentes en sus decisiones previas, por las razones siguientes:

- Mediante la seguridad jurídica, si se quiere regular la conducta del ser humano, las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

⁵ CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). “Estudios al Precedente Constitucional” Lima: Palestra, 2007.

- Se considera la seguridad jurídica como base para proteger la libertad ciudadana, por tanto, una caprichosa variación de los criterios de interpretación, pone en riesgo la libertad individual.
- En virtud del principio de igualdad, es necesario que los casos iguales sean resueltos de manera igual por el mismo juez.
- Como mecanismo de control, el respeto del precedente impone a los jueces un mínimo de racionalidad y universalidad, ya que obliga a decidir el problema que es planteado de manera que estarían dispuestos a aceptar otro caso diferente, pero que presente similitudes.

Aunque el artículo 184 de la Constitución dominicana señala expresamente que las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables, constituyendo precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado, este artículo no puede ser interpretado de manera aislada de los principios de igualdad y seguridad jurídica establecidos en los artículos 39 y 110 del texto constitucional.

Si bien es cierto que el artículo 31 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales establece la vinculatoriedad de los precedentes del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, partiendo del fundamento que señala el artículo 185 de la Constitución dominicana no es menos cierto que el párrafo primero del citado artículo contempla la posibilidad de que el precedente constitucional pueda ser inaplicado o modificado, siempre y cuando se establezcan los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se decide variar el criterio. Al respecto, el magistrado Hermógenes Acosta de los Santos sostiene que: "... el hecho de que los precedentes tengan fuerza normativa no implica que los mismos no puedan ser cambiados o abandonados; dado el hecho de que las circunstancias que rodean el conflicto cambian con el tiempo y, además, de que los tribunales no

son falibles, y deben tener la posibilidad de corregir errores⁶.

La jurisprudencia constitucional en un Estado Social, Democrático y de Derecho tiene que ser respetada por todos los actores del sistema; hay casos en que en un conflicto jurídico no es posible utilizar una sentencia de precedente, debido a que podría ocasionar consecuencias jurídicas inaceptables para la sociedad. Ahí es donde los jueces deben actualizar las normas a las situaciones nuevas. La igualdad en la aplicación de la ley no impide que un tribunal modifique sus criterios, asentados en sentencias anteriores, ya que con la posibilidad de cambio o inaplicación de precedentes en casos específicos se evitan que se tomen decisiones arbitrarias, basadas en desigualdades no justificadas.

En la jurisprudencia constitucional se prevé la posibilidad de que el precedente constitucional pueda ser inaplicado o modificado por el mismo Tribunal Constitucional, defendiendo la tesis mediante la cual, si se quiere apartar del precedente, tiene la obligación de motivar, clara y razonadamente, los fundamentos jurídicos que justifican su decisión; a juicio del jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, esta decisión no es viable en cualquier caso, sino únicamente en los siguientes supuestos, que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (distinguish) y del cambio de precedente (overruling)⁷:

- 1- *El primer supuesto consiste en que, a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, "existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos". Este supuesto se corresponde con el distinguish del derecho anglosajón. El juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior cuando considere que las diferencias*

⁶ Ponencia del Magistrado Hermógenes Acosta en la XXII Jornadas de Derecho Constitucional.

⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. "El precedente en Colombia", publicado en la Revista Derecho del Estado No. 21, diciembre de 2008.

relevantes que median entre este segundo caso y el caso precedente exigen otorgar al segundo una solución diferente. La Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. La Corte solo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la ratio decidendi del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la ratio decidendi del primer caso puede aplicarse al segundo, porque este puede subsumirse bajo el supuesto hecho de aquella. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la ratio decidendi del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso”.

En la República Dominicana, el Tribunal Constitucional ha utilizado la figura del *distinguish*, siendo por vez primera en la Sentencia TC/0222/15, dictada el diecinueve 19 de agosto de 2015. En esta sentencia, el Tribunal no utilizó el criterio de la violación continua, establecido en la Sentencia TC/0205/13, de fecha 13 de noviembre de 2013, bajo el argumento de que:

“No obstante, en el presente caso no se verifica la práctica de diligencias de parte del accionante en procura de que le sea restablecido el derecho alegadamente vulnerado. De ahí que, en concordancia con las situaciones descritas anteriormente, en el presente caso es de aplicación la técnica del distinguishing, es decir, la facultad del juez constitucional de establecer excepciones al precedente constitucional por existir, respecto de un caso, elementos particulares que ameritan una solución diferente, sin que dicha circunstancia suponga la derogación del precedente anterior”⁸.

De igual forma, el Tribunal Constitucional ha asumido el criterio de que los actos de alcance particular no son objeto de ser atacados por medio de una

⁸ Sentencia TC/0222/15, dictada el 19 de agosto de 2015.

acción directa de inconstitucionalidad, por lo que la misma resulta inadmisibile; dicho precedente no fue aplicado en la Sentencia TC/0127/13, dictada el 2 de agosto de 2013, ya que tratándose de que el acto atacado era un decreto dictado por el poder Ejecutivo, y que era de alcance particular, en virtud de que expropiaba unos terrenos, y para justificar la inaplicabilidad del precedente, utilizó, entre otros argumentos, los siguientes:

“8.2. Sin embargo, este Tribunal Constitucional no cumpliría con su finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, tal y como lo consagra dicha Constitución y su propia Ley Orgánica núm. 137- 11, si no toma en cuenta en el presente caso la presencia de cierta condición específica en la producción del decreto impugnado, aunque se aparte de la jurisprudencia constitucional referida. La indicada jurisprudencia solamente reserva la acción directa en inconstitucionalidad para los actos estatales de carácter normativo y de alcance general, y se constituye la presente decisión en una excepción a dicha jurisprudencia, la cual deberá ser observada cada vez que concurra en la producción de cualquier acto no general la misma condición específica que presenta el decreto impugnado y que motiva que el presente recurso directo en inconstitucionalidad en contra del mismo sea considerado admisible”.

“8.3. Como se demostrará más adelante, cuando se desarrolle el examen correspondiente, el decreto impugnado es inconstitucional; pero todo apunta a que esa inconstitucionalidad no es resultado de un error de interpretación que pueda conducir a exceder el marco de razonabilidad trazado por la Constitución o a transgredir mandatos expresos de esta última, sino que existe una presunción grave de que fue dictado, en lo que se refiere a las parcelas Nos. 1583 y

1584, del Distrito Catastral No. 05, del municipio Luperón, provincia Puerto Plata, con el propósito de eludir el cumplimiento de una sentencia definitiva e irrevocable que anuló, por inconstitucional, un previo decreto del Poder Ejecutivo, que por idénticas causas al decreto ahora impugnado, había también declarado de utilidad pública e interés social la adquisición por parte del Estado dominicano de dichas parcelas”.

- 2- *“El segundo supuesto se presenta cuando la jurisprudencia que ha sido “adecuada a una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. La alta corte sostiene que, en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es “errónea”. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad (...)”.*

- 3- *“El tercer supuesto es análogo al anterior. En este caso, el juez “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.” “Como sostiene la Corte Constitucional, “en estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo (sic) explícita tal decisión”. Este sería un segundo tipo de jurisprudencia “errónea”. El error en este caso se originaría porque el precedente es incoherente con el ordenamiento jurídico”.*

Desde el surgimiento del Tribunal Constitucional hasta hoy día, este ha abandonado algunos precedentes. En la Sentencia TC/0007/12, dictada el 22 de marzo de 2012, se estableció el criterio de que en el recurso de revisión de sentencia de amparo no es necesario conocer el fondo de la acción de amparo, puesto que no se trata de un recurso de apelación. Este precedente fue variado

en la Sentencia TC/0071/13, dictada el 7 de mayo de 2013, bajo el argumento de que:

1) (...) la prerrogativa de conocer el fondo de la acción tampoco resulta del todo extraña al procedimiento establecido en la referida Ley No. 137-11, en virtud de dos razones adicionales: de una parte, su artículo 101 permite al Tribunal Constitucional la posibilidad de sustanciar mejor el caso mediante el llamamiento a una audiencia pública; y, de otra, dicha ley no proscribiera expresamente conocer del fondo de la acción en la revisión de sentencias de amparo, como sin embargo lo exige de manera taxativa en su artículo 53.3.c, que atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer la revisión de decisiones jurisdiccionales firmes (en caso de violación a un derecho fundamental), imponiéndole que lo haga con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar”.

Otro claro ejemplo de la variación de precedentes establecido por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, lo constituye la Sentencia TC/0143/15, de fecha 1 de julio de 2015.

El Tribunal Constitucional, interpretando el artículo 54, numeral 1) de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, que dice lo siguiente:

“Artículo 54.- Procedimiento de Revisión. *El procedimiento a seguir en materia de revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales será el siguiente: 1) El recurso se interpondrá mediante escrito motivado depositado en la Secretaría del Tribunal que dictó la sentencia recurrida, en un plazo no mayor de treinta días a partir de la notificación de la sentencia”.*

Estableció mediante la Sentencia TC/0335/14, dictada el 22 de diciembre de 2014, que:

“Como requisito previo para la declaratoria de la admisibilidad de un recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional, primero se debe conocer si la interposición de dicho recurso contra la sentencia dictada por la interposición del recurso de casación fue realizada dentro del plazo que dispone la norma procesal, es decir dentro de los treinta (30) días hábiles y francos que siguen a la notificación, conforme a la ley y al precedente fijado en la Sentencia TC/0080/12 del quince (15) de diciembre de dos mil doce (2012)”.

Texto del cual se desprende que el plazo de 30 días previsto en el artículo 54 numeral 1, de la Ley No. 137-11, para la interposición de un recurso de revisión de decisión jurisdiccional era franco y hábil, excluyendo el primer y último día de la notificación, así como los días no laborables.

Este criterio fue variado mediante la referida Sentencia TC/0143/15, dictada por el Tribunal Constitucional el primero de julio de 2015, bajo el argumento de que:

“h. El plazo previsto en el artículo 54.1 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, para el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, no debe de ser interpretado como franco y hábil, al igual que el plazo previsto en la ley para la revisión de amparo, en razón de que se trata de un plazo de treinta (30) días, suficiente, amplio y garantista, para la interposición del recurso de revisión jurisdiccional.

i. Este plazo del referido artículo debe ser computado de conformidad con lo establecido en el artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil, lo cual aplica en este caso, en virtud del principio de supletoriedad. En efecto, el indicado artículo establece: “El día de la notificación y el del vencimiento no se contarán en el término general fijado por los emplazamientos, las citaciones, intimaciones y otros actos hechos a persona o domicilio”, de lo que se infiere que el plazo debe considerarse como franco y calendario, por lo que este tribunal procede a variar el criterio establecido en la Sentencia TC/0335/14”.

4- *“Por último, el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, “por cambio en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las razones decisorias”.*

Estos supuestos que han sido señalados por Carlos Bernal Pulido pueden ser aplicados tanto por los tribunales supremos como por los tribunales de jerarquía inferior. En caso de que el cambio se produzca en una alta corte, consolidándose como una doctrina probable, es de cumplimiento obligatorio por los jueces de instancias inferiores. Si sucede lo contrario, esto es, que un juez de inferior jerarquía se aparte de la jurisprudencia establecida por la alta corte, esta podrá avalar o atacar los argumentos vertidos por el juez de inferior instancia, mediante las vías recursivas que estén diseñadas para tales fines.

El Tribunal Constitucional español ha establecido una serie de requisitos para hacer el cambio de precedente. Estos son los siguientes:

a) El cambio de precedente debe ser razonado y razonable⁹;

⁹ Sentencia 166/1985, del 9 de diciembre, Fj. 5 y 181/1987, del 13 de noviembre fj. 1, citada por Asís Roig. Ob. cit., p. 265.

- b) La reciente interpretación del derecho debe ser el producto de reflexiones no discriminatorias¹⁰;
- c) Debe tener vocación de universalidad, esto es, que pueda ser utilizado para solucionar casos semejantes.

Desconocimiento del precedente constitucional

Dado que el precedente establecido por el Tribunal Constitucional es vinculante para todos los poderes y órganos del Estado, el mismo no puede ser desacatado. El artículo 9 de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos, le otorga la competencia a dicho tribunal para conocer de todas las cuestiones relativas a la ejecución de sus decisiones, el cual dispondrá en la sentencia o en actos posteriores, el responsable de ejecutarla¹¹, apartando este procedimiento del fijado para el derecho común.

El Tribunal Constitucional, mediante su Reglamento Jurisdiccional, ha creado la Unidad de Seguimiento de la Ejecución de las Sentencias (USES), adscrita al Pleno e integrada por el secretario general, quien fungirá como coordinador y el encargado jurídico, cuya finalidad es perseguir la ejecución efectiva de las decisiones del Tribunal¹².

Los servidores públicos que desconozcan las decisiones del Tribunal Constitucional de la República Dominicana incurren en una violación directa a la Constitución, ya que ella es la que establece el carácter vinculante de las sentencias emanadas de la alta corte de control de constitucionalidad, y por vía de consecuencia, estos comprometen su responsabilidad civil por el daño que

¹⁰ Sentencia 121/1991, del 3 de junio, Fj. 4; 201/1991, del 28 de octubre, Fj. 2; 90/1993, del 15 de mayo Fj. 3, y 114/1993, del 29 de mayo, Fj. 20, citada por Asís Roig. Ob. cit., p. 265.

¹¹ Artículo 50 de la Ley No. 137-11.

¹² Artículo 26 y 27 del Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

pueda ocasionar la inejecución o la ejecución tardía de una decisión jurisdiccional, al tenor de lo que establece el artículo 148 de la Carta Sustantiva y el numeral 7 del artículo 12 de la Ley No. 247-12, Orgánica de la Administración Pública; de igual forma, de conformidad con el artículo 188 del Código Penal, los servidores comprometen su responsabilidad penal cuando hicieren requerir u ordenar la acción o el uso de la fuerza pública para impedir la ejecución de un auto o mandamiento judicial o de cualquier otra autoridad legítima.

El precedente constitucional como garantía de la seguridad jurídica

La Constitución, del 26 de enero de 2010, modificada por la Asamblea Nacional Revisora el 13 de junio de 2015, en relación a la seguridad jurídica, establece que en ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectarla o alterarla, producto de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

El principio de seguridad jurídica es considerado como un elemento constitutivo del Estado de Derecho, ya que la misma está conectada con elementos objetivos del ordenamiento jurídico (garantía de estabilidad jurídica, seguridad de orientación y realización del derecho), en tanto que la protección de la confianza abarca los componentes subjetivos de la seguridad, específicamente la calculabilidad y previsibilidad de los actos de los poderes públicos y transparencia de los actos del poder, de manera que en relación a los individuos se garantice la seguridad en sus disposiciones personales y en los efectos jurídicos de sus actos propios¹³.

En relación al principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional Dominicano ha fijado los siguientes precedentes:

¹³ CONCEPCIÓN ACOSTA, Franklin E. "El precedente constitucional en la República Dominicana. Compilación de las Sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano y Precedentes Comentados". Impresora Castillo. Marzo 2004, pp. 63-64.

- 1- Sentencia TC/0013/12, dictada en fecha 10 de mayo de 2012, en la que se estableció lo siguiente:

“6.5. En efecto, la Constitución que rige dispone en su Art. 110 lo siguiente: “Irretroactividad de la ley. La ley solo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior”¹. Tal y como se desprende del texto constitucional transcrito, el principio de irretroactividad es la máxima expresión de la seguridad jurídica, el cual cede en casos excepcionales por la aplicación retroactiva o ultractiva de disposición de similar estirpe más favorable para el titular del derecho”.

- 2- En la Sentencia TC/100/13, del 20 de junio de 2013 se fijó el siguiente precedente:

“13.18. La seguridad jurídica, es concebida como un principio jurídico general consustancial a todo Estado de Derecho, que se erige en garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos, delimitando sus facultades y deberes. Es la certeza que tienen los individuos que integran una sociedad acerca de cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la arbitrariedad de sus autoridades puedan causarles perjuicios. (...)”.

3- En la Sentencia TC/0121/13, del 4 de julio de 2013, se precisó que:

“f) Respecto a la seguridad jurídica, cabe recordar que, junto a la justicia, el orden y la paz, constituye uno de los elementos consustanciales del bien común, objetivo supremo, no solo del derecho, en general, sino también, del Estado social y democrático de derecho que consagra nuestra Carta Magna. Corresponde al Estado, en efecto, como máximo exponente de los poderes públicos, asegurar la estabilidad y permanencia del contenido de las normas jurídicas, de forma que los particulares puedan adoptar sus decisiones al tenor de estas, al abrigo de una capacidad excesiva de alteración de dichas normas por parte de los órganos del Estado. En otras palabras, la seguridad jurídica consiste en la certeza y confianza que debe infundir el derecho en cuanto a la estabilidad del orden legal y la eficacia de su funcionamiento”.

“h) La seguridad jurídica depende, a su vez, del respeto a los principios de irretroactividad de la ley y al de la cosa definitiva e irrevocablemente juzgada, ambos de importancia cardinal. El primero dispone que las leyes solo rigen para el porvenir, para evitar, mediante una simple intervención legislativa, la alteración de situaciones jurídicas ya consumadas o cuyos efectos, consolidados al amparo de una ley anterior, se prolongan en el tiempo, luego de la entrada en vigencia de otra ley nueva. El segundo, en cambio, como veremos más adelante (infra, literales i) y siguientes), otorga validez definitiva a las decisiones judiciales, reconociéndolas como asuntos resueltos e indiscutibles, no solo para que se ejecute lo que ellas han decidido, sino también para impedir el pronunciamiento de una decisión distinta o contradictoria en otro proceso”.

Franklin E. Concepción Acosta, citando a Eduardo Jorge Prats, establece que el principio general de la seguridad jurídica (abarcando la protección de la confianza) vendría a significar lo siguiente: el individuo tiene el derecho de poder confiar en sus actos y las decisiones públicas incidentes sobre sus derechos, posiciones o relaciones jurídicas, basados en normas jurídicas vigentes y válidas, producirán los efectos previstos y prescritos en el ordenamiento. En otras palabras, la seguridad jurídica como elemento esencial del Estado de Derecho tiene como fin que, en la medida de lo posible, el ciudadano pueda presuponer y calcular con tiempo la influencia del Derecho en su conducta personal. De ahí se infiere que pueda confiar en el Derecho, una vez establecido. La expectativa de protección de la confianza, en consecuencia, crea a la vez el principio de buena fe, que también rige en el Derecho Público. Y es que el Estado no puede actuar de mala fe frente a las personas sometidas a su ordenamiento jurídico, y las personas deben confiar en ello¹⁴.

Analizando la relación del precedente constitucional con la seguridad jurídica, el citado Concepción Acosta nos expone los siguientes párrafos¹⁵:

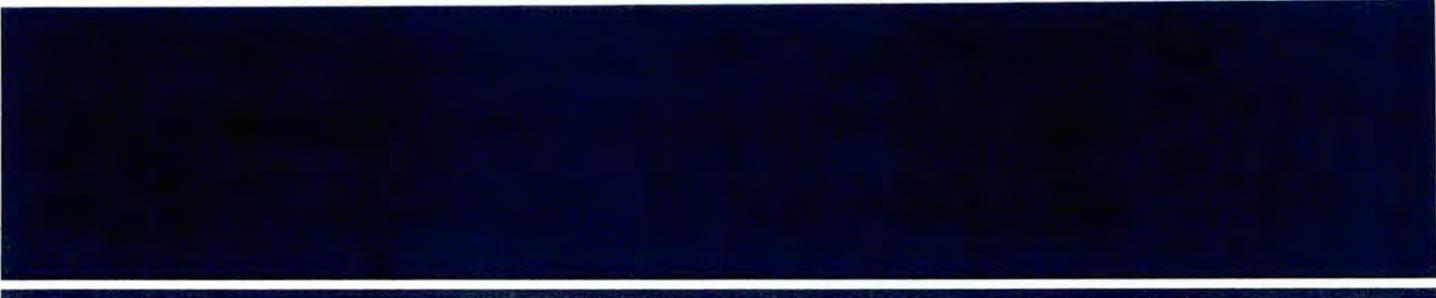
“La seguridad jurídica en la esfera de los actos jurisdiccionales indica sobre todo a la firmeza de las decisiones jurisdiccionales, dado que las decisiones una vez adoptadas, en forma y conforme al procedimiento establecido en la ley, no pueden ser arbitrariamente alteradas, solo pudiendo ser modificadas las mismas cuando ocurran presupuestos materiales particulares relevantes que lo sustente”.

¹⁴ CONCEPCIÓN ACOSTA, Franklin E. “El precedente constitucional en la República Dominicana. Compilación de las Sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano y Precedentes Comentados”. Impresora Castillo. Marzo 2004, p. 64.

¹⁵ CONCEPCIÓN ACOSTA, Franklin E. “El precedente constitucional en la República Dominicana. Compilación de las Sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano y Precedentes Comentados”. Impresora Castillo. Marzo 2004, pp. 64-65.

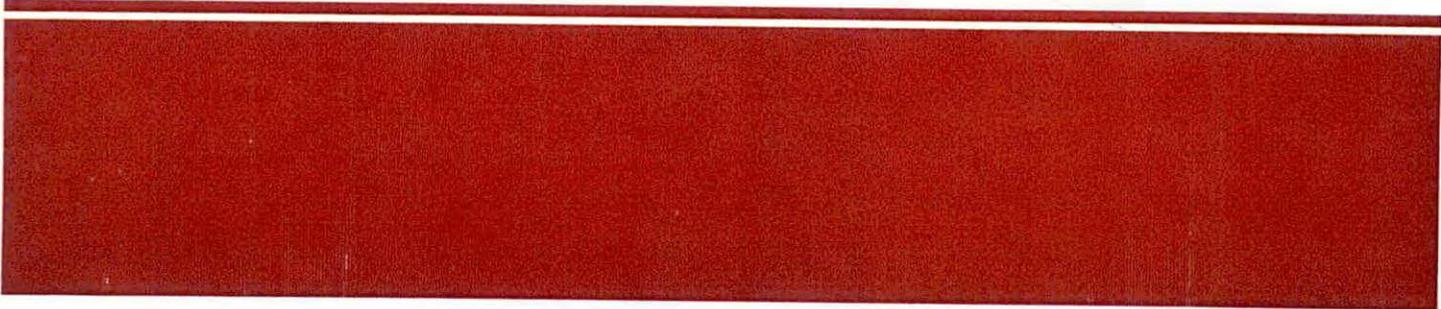
En conclusión, podemos decir lo siguiente:

- Efectivamente, el precedente constitucional es una garantía del Estado de derecho y la seguridad jurídica, lo cual es una gran responsabilidad que tiene a cargo el Tribunal Constitucional. Entendemos que el derecho judicial creado por los precedentes, es un derecho cambiante, lo que permite que el derecho se transforme y pueda brindar una respuesta eficaz a las nuevas demandas sociales.
- Comprendemos que mediante una Constitución rígida se tiene mayor garantía de la seguridad jurídica, y disminuye la posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales.
- Evitar, a la mayor posibilidad, las reformas constitucionales, es un mecanismo para garantizar la estabilidad de la legislación, así como del precedente constitucional.
- El juez, al momento de cambiar un precedente vinculante, debe ofrecer verdaderas razones de peso para justificarlo, con sus motivaciones correspondientes.
- Es necesaria la capacitación de los representantes del sistema, para poder garantizar los derechos fundamentales y los demás derechos y garantías agregados a nuestra Constitución.
- El derecho judicial creado por los precedentes es un derecho cambiante, lo que permite que el derecho se transforme e incorpore a las nuevas demandas y valores sociales, pero siempre garantizando el Estado de derecho y la seguridad jurídica.



**LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE
LAS DECISIONES JUDICIALES.
UNA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL NECESARIA Y
CONFLICTIVA**

Mag. Hermógenes Acosta de los Santos



**La revisión constitucional de las decisiones judiciales. Una
competencia del Tribunal Constitucional necesaria y conflictiva**

Hermógenes Acosta de los Santos

*Juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, profesor
universitario y Presidente de la Seccional Dominicana del Instituto
Iberoamericano de Derecho Constitucional*

“Estoy persuadido de que una más profunda y general convicción democrática, una formación técnica impartida en las Facultades de Derecho y en la Escuela Judicial con permeabilidad absoluta a lo que significan la Constitución y su primacía normativa y el Tribunal Constitucional y su supremacía formal y funcional, y una más frecuente y más directa relación personal entre jueces y miembros del Tribunal Constitucional, son los tres elementos en los que debe descansar la creciente coordinación entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional.” (Francisco Tomás y Valiente)

Introducción

- I. El Tribunal Constitucional de la República Dominicana: estructura y competencia
 - A. La justicia constitucional dominicana antes de la creación del Tribunal Constitucional
 - B. Estructura y competencias del Tribunal Constitucional dominicano
 - B.1. Estructura del Tribunal Constitucional dominicano
 - B.2. Las competencias del Tribunal Constitucional dominicano
- II. El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales
 - A. Las causales del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales
 - a., Recurso fundamentado en que se inaplicó una norma
 - b. Recurso fundamentado en la violación a un precedente del Tribunal Constitucional
 - c. Recurso fundamentado en la violación a un derecho fundamental

B. Formalidades del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales

C. Los requisitos de admisibilidad

C.1. Requisitos generales de admisibilidad

a. Plazo previsto para recurrir

b. Autoridad irrevocable de la cosa juzgada

c. Agotamiento de los recursos previstos en el ámbito del Poder Judicial

C.2. Requisitos particulares de admisibilidad

a. Invocación del derecho fundamental violado

b. La especial trascendencia o relevancia constitucional

D. Contenido de la sentencia que resuelve el recurso

E. Los problemas que genera la revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales

E.1. La sobrecarga procesal del Tribunal Constitucional

E-.2. Los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial

a. El sistema reforzado de la protección de los derechos humanos como causa del conflicto

b. La mitigación del problema

Reflexiones finales

Bibliografía

Introducción

La finalidad de la justicia constitucional, según la concepción kelseniana, no era otra que limitar o controlar al parlamento para que no desconociera los valores y principios constitucionales. En otras palabras, la justicia constitucional fue diseñada para que revisara la constitucionalidad de las normas jurídicas. De ahí que Kelsen concibiera al Tribunal Constitucional como un legislador negativo, es decir, como un órgano constitucional que debía limitarse a anular las leyes que no superaran el test de constitucionalidad.

Esta concepción kelseniana ha sido superada en la actualidad, toda vez que la función del Tribunal Constitucional no se reduce a la de un legislador negativo, sino que este se concibe como un órgano constitucional activo y colaborador con los demás poderes. En este orden, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen y promueven las modalidades de sentencias interpretativas, mediante las cuales el Tribunal Constitucional no anula la norma jurídica que adolece de vicios constitucionales, pero condiciona la constitucionalidad de la misma a que ella sea interpretada en la forma se indique.

Las sentencias interpretativas tienen como finalidad evitar las dificultades que supone para el ordenamiento jurídico la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma. Estas se fundamentan en el principio de presunción de constitucionalidad de los actos dictados por el legislador, principio en virtud del cual los Tribunales Constitucionales deben declarar la inconstitucionalidad de la norma solo en aquellos casos en los que no haya otra alternativa.

En todo caso, donde la superación de la concepción kelseniana se evidencia con mayor contundencia es en el reconocimiento generalizado, o casi generalizado, de que no solo pueden violarse derechos fundamentales en el proceso de producción de normas, sino también en el proceso de producción de decisiones judiciales. En otras palabras, se entiende que los tribunales del Poder Judicial pueden violar derechos fundamentales a través de sus sentencias. La realidad anterior es la que explica que en algunos sistemas de justicia constitucional el Tribunal Constitucional controle las decisiones judiciales, por la vía de la garantía denominada recurso de amparo constitucional, como ocurre en Alemania y España, o el recurso extraordinario argentino y el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales dominicano, por solo mencionar algunos ejemplos.

Estos recursos vienen a reforzar el sistema de protección de los derechos fundamentales, en la medida que le dan al Tribunal Constitucional la oportunidad de proteger, cuando los mecanismos previstos para aplicarse en el ámbito del Poder el no hayan sido eficientes, los derechos fundamentales de las partes del proceso. De manera que estamos en presencia de una institución que está llamada a jugar, y de hecho ha jugado, un papel importantísimo en la justicia constitucional, particularmente en España, Alemania y la República Dominicana.

Sin embargo, la experiencia, sobre todo la española, también nos revela que estamos en presencia de un mecanismo de protección subsidiaria de los derechos fundamentales que puede constituirse en un obstáculo para la administración de la justicia constitucional. Inclusive, y lo que es más grave, este mecanismo puede generar tensiones y conflictos en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, más específicamente, con la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal Supremo.

Al análisis de dicha problemática dedicaremos este trabajo. Este análisis se abordará a partir de las previsiones constitucionales y legales vigentes en la República Dominicana respecto del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, el cual responde a la misma lógica del recurso de amparo constitucional previsto en España y Alemania, países que cuentan con una dilatada experiencia en la materia, según se revelará en el desarrollo de esta investigación.

El trabajo lo hemos dividido en dos partes. En la primera, tratamos la estructura y competencia del Tribunal Constitucional dominicano y, la segunda, la dedicamos al recurso de amparo constitucional o amparo contra sentencia como preferimos denominarlo.

I. El Tribunal Constitucional de la República Dominicana: estructura y competencia

A. La justicia constitucional dominicana antes de la creación del Tribunal Constitucional

1. El Tribunal Constitucional de la República Dominicana fue instaurado en la Constitución de 26 de enero de 2010; sin embargo, en nuestro país la justicia constitucional existe desde hace más de siglo y medio, tal y como lo veremos en los párrafos que siguen.

2. Ciertamente, en nuestro país existe justicia constitucional desde noviembre de 1844, fecha en que se promulga la primera Constitución y surge el Estado dominicano.

3. En el artículo 35 de la referida Constitución se establecía lo siguiente: *“No podrá hacerse ninguna ley contraria a la letra, ni al espíritu de la Constitución; caso de duda el texto de la Constitución debe prevalecer”*. Igualmente, en su

artículo 125 se consagraba que: *“Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conforme a las leyes”*.

4. Sobre el último de los textos transcritos, el doctrinario Hernán Cruz Ayala, citado por Rodríguez Demorizi,¹ nos indica que el mismo está marcadamente influenciado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y, particularmente, por la tesis desarrollada en la famosa sentencia dictada por dicho tribunal en el caso Marbury vs Madison, en 1803. El criterio asumido en esta decisión judicial se refiere a que, ante una contradicción entre la Constitución y la ley, el juez debe aplicar con prioridad la primera. Este comentario también es válido para el primero de los textos indicados, es decir, para el artículo 35.

5. En los indicados artículos constitucionales se reconoce el carácter supremo de la Constitución y el principio de legalidad, los cuales son consustanciales al Estado de derecho. Según el primero de los principios, el Congreso Nacional (conformado por el Senado y la Cámara de Diputados) tiene que respetar los valores y principios constitucionales. Si bien es cierto que este poder del Estado está facultado constitucionalmente para crear leyes, dicha facultad debe llevarla a cabo con estricto apego a los referidos valores y principios.

6. Por otra parte, en los textos objeto de estudio se instruye a los jueces a que, en caso de contradicción entre la Constitución y la ley, apliquen la primera en detrimento de la segunda, en virtud del principio de supremacía de la Constitución. El constituyente dominicano de 1844 se refiere a este

¹.Emilio Rodríguez Demorizi, *La Constitución de San Cristóbal, (1844-1854)*, pie de página No.102, página 189, Academia Dominicana de la Historia, Editorial del Caribe, C. por A., Santo Domingo, R. D., 1980.

particular cuando indicó en el artículo 35 que en “(...) caso de duda el texto de la Constitución debe prevalecer”.

7. El mandato indicado en el párrafo anterior se reitera de manera más precisa en el artículo 125 de la misma Constitución, ya que en dicho texto se prohíbe de manera expresa a los tribunales “(...) aplicar una ley inconstitucional (...)”.

8. En conclusión, en la República Dominicana se instauró, desde la primera Constitución, el control difuso de constitucionalidad estructurado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Los mencionados artículos 35 y 125 de la Constitución de 1844 constituyen la base constitucional de dicho modelo, ya que en estos se recogen los dos elementos esenciales del mismo: el reconocimiento del carácter supremo de la Constitución y el reconocimiento de la competencia de los jueces del Poder Judicial para no aplicar las leyes que consideren inconstitucionales.

9. De esta manera, nuestro país fue uno de los primeros del mundo en adoptar el modelo difuso de control de constitucionalidad, si tomamos en cuenta que el mismo fue instaurado en 1803 por parte del referido tribunal estadounidense, y el constituyente dominicano lo consagró, como ya hemos indicado, en el año 1844, es decir, a penas cuarenta y un años después.²

10. Este modelo difuso de control de constitucionalidad fue abolido temporalmente en nuestro país en el año 1924, fecha en que se instaura por primera vez el modelo concentrado de control de constitucionalidad, el cual se mantuvo vigente hasta la reforma de 1927, cuando se volvió a establecer

² La Carta Constitucional de Venezuela de 1811 consagró el modelo difuso de control de constitucionalidad, Guatemala entre 1838 y 1845, México lo consagró en la Constitución del Estado de Yucatan de 1841, a instancia de Manuel Crescencio Rejón. Juan Manuel Acuña, La expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina, Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional, Liber Amicorum, Néstor Pedro Sagués, Tomo I, página 614, obra coordinada por el profesor Gerardo Eto Cruz.

el control difuso. En la reforma de 1994 se vuelve a instaurar el control concentrado, sin abolir el difuso, coexistiendo ambos modelos hasta el día de hoy.³

11. Como se advierte, hasta el 26 de enero de 2010, el control de constitucionalidad estuvo a cargo del Poder Judicial, correspondiendo a la Suprema Corte de Justicia conocer de las acciones directas de inconstitucionalidad⁴ (control concentrado) y a los demás jueces, de las excepciones de inconstitucionalidad (control difuso).⁵ Al instaurarse en la indicada reforma el Tribunal Constitucional, se establece por primera vez en nuestro país una jurisdicción constitucional especializada. En los párrafos que siguen nos referiremos a la estructura y competencia de este órgano constitucional.

B. Estructura y competencias del Tribunal Constitucional dominicano

B.1. Estructura del Tribunal Constitucional dominicano

12. El Tribunal está integrado por trece jueces⁶ y no está dividido en salas, lo cual implica que todas las decisiones deben ser tomadas por el pleno, situación que, sin dudas, dificulta la toma de decisiones. Por otra parte, los jueces que integran este órgano constitucional son elegidos por el Consejo Nacional de la Magistratura⁷, el cual está compuesto con representación de

³ Véase Hermógenes Acosta de los Santos, El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución, páginas 213- 228. Editora Búho, Santo Domingo, República Dominicana, 2010.

⁴ Véase artículo 61 de la Constitución de 1994

⁵ Véase artículo 46 de la Constitución de 1994

⁶ . Artículo 186 de la Constitución

⁷ . Artículo 179.1 de la Constitución

los tres poderes del Estado a los fines de proveer a los jueces designados de una legitimidad democrática indirecta.⁸

13. En torno a la elección de los jueces, debemos destacar que la duración en la función es de nueve años y no hay posibilidad a reelección⁹. La prohibición de reelección no es absoluta, en la medida que tienen derecho a reelegirse aquellos jueces que en calidad de reemplazantes duren en el cargo menos de cinco años. En este mismo orden, cabe destacar que, por una parte, cuatro de los jueces de la primera composición fueron elegidos por seis años, con derecho a reelección, mientras que otro grupo de cuatro jueces fue elegido por nueve años, sin derecho a reelección. Finalmente, los restantes cinco jueces fueron elegidos por doce años, sin derecho a reelección, por razones más lógicas que las del grupo anterior.¹⁰

14. Las excepciones a la regla general —consistente en la duración de 9 años en la función y la prohibición de reelección— se hicieron con la finalidad de que esta fuera compatible con otra regla general, conforme a la cual la renovación de los jueces debe hacerse de manera parcial y cada tres años.¹¹ Ciertamente, de elegirse todos los jueces de la primera composición por igual periodo de nueve años, la regla anterior no hubiera podido aplicarse, pues al cabo de nueve años debía hacerse una renovación total, situación que se repetiría en las sucesivas composiciones. La renovación parcial y no total de los integrantes del Tribunal Constitucional es una decisión acertada del constituyente, porque preserva la memoria doctrinal del tribunal y, sobre todo, porque se garantiza que en todas las composiciones haya una parte de los jueces integrantes que cuenten con experiencia dentro de esta

⁸ . Respecto de la cuestión de la legitimación de los jueces de los Tribunales Constitucionales véase Hermógenes Acosta de los Santos, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, pp. 87-91

⁹ . Artículo 187 de la Constitución

¹⁰ Disposición Transitoria Décimonovena

¹¹ . Párrafo del artículo 187 de la Constitución

jurisdicción constitucional especializada, lo cual, sin dudas incide positivamente en la productividad y calidad de la labor jurisdiccional del Tribunal.¹²

15. En lo que concierne al cuórum para decidir, consideramos que es muy agravado, pues se requieren nueve de trece jueces para decidir los casos. Sobre esta cuestión sería útil determinar si el referido cuórum se exige para todas las materias que conoce el Tribunal Constitucional o si solo aplica para las competencias que están consagradas en la Constitución. Se trata de un tema relevante porque, en nuestro sistema, tanto el constituyente como el legislador atribuyen competencias al tribunal.¹³ Nosotros nos inclinamos por la segunda tesis, es decir, que entendemos que el cuórum agravado solo aplica¹⁴ para las competencias atribuidas por el constituyente, pues siendo el cuórum calificado la norma debe ser interpretada de manera restrictiva, y si el legislador no estableció el mismo al momento de atribuirle una competencia al Tribunal Constitucional, debemos entender que dicho cuórum agravado no aplica.

¹² . Del período de duración, la prohibición de reelección de los jueces, la renovación parcial; así como respecto al tratamiento excepcional dado a los integrantes de la primera composición del tribunal véase: Hermógenes Acosta de los Santos, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, pp. 235-237

¹³ . Según el artículo 185 de la Constitución el Tribunal Constitucional es competente para conocer de acciones de inconstitucionalidad, control preventivo de tratados internacionales, conflictos de competencias y cualquier otra materia que le atribuya la ley. Mientras que según el artículo 94 de la Ley Núm. 137-11, *Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucional*, de 13 de junio, corresponde conocer al Tribunal Constitucional los recursos de revisión constitucional de las sentencias de amparo; igualmente conoce, según el artículo 53 de la misma ley de los recursos de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.

¹⁴ . Véase al respecto: Hermógenes Acosta de los Santos, *El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, pp. 238-239

B.2. Las competencias del Tribunal Constitucional dominicano

16. Dentro de las competencias que el constituyente asigna directamente al Tribunal Constitucional se encuentra la acción directa de inconstitucionalidad incoada por el Presidente de la República o por una tercera parte de los senadores o de los diputados; así como por cualquier persona que tenga un interés legítimo y jurídicamente protegido. Igualmente, conoce del control preventivo de los tratados internacionales, a pedimento del Presidente de la República y previo a la ratificación por parte del Congreso Nacional.

17. Por otra parte, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencias que surjan entre los poderes públicos, a pedimento del titular de uno de los poderes en conflicto.¹⁵

18. Por mandato del legislador, el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer de los recursos de revisión constitucional de sentencias de amparo y de los recursos de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.¹⁶ Tomando en cuenta el objeto de este trabajo, en los párrafos que siguen solo nos referiremos al recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales.

¹⁵ . Artículo 185 de la Constitución

¹⁶ . Artículos 53 y 94 de la Ley Núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales

II. El recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales

19. El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales está previsto en el artículo 53 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales y tiene su base constitucional en el artículo 277 de la Constitución. Se trata de un mecanismo a través del cual el Tribunal Constitucional controla al Poder Judicial, en la medida que le permite revisar las decisiones que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. Este control procede cuando se alegue: a) la inaplicación de una norma considerada constitucional, b) la violación de un precedente del Tribunal Constitucional, o c) la violación de un derecho fundamental.

20. El recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales es una vía excepcionalísima y subsidiaria, razón por la cual la admisibilidad de la misma está sometida a rigurosos requisitos. Por otra parte, no se trata de una cuarta instancia ni de una supercasación, característica que impide al Tribunal conocer y decidir los hechos de la causa. En otras palabras, el Tribunal Constitucional debe limitarse a determinar la constitucionalidad de la norma inaplicada o si se violó un precedente del Tribunal Constitucional o un derecho fundamental de las partes en el proceso.

21. Respecto de este recurso abordaremos los aspectos que se indican a continuación: causales del recurso, procedimiento y efectos; igualmente, nos ocuparemos de los requisitos de admisibilidad y, finalmente, del contenido de la sentencia.

A. Las causales del recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales

22. El recurso de revisión constitucional procede en los tres casos anteriormente mencionados y a los cuales nos referimos a continuación.

a. Recurso fundamentado en que se inaplicó una norma

23. El sistema de justicia constitucional dominicano es mixto, ya que coexisten los dos modelos de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso.¹⁷ El control concentrado es competencia del Tribunal Constitucional y el control difuso de todos los tribunales del sistema judicial. En este orden, las sentencias mediante las cuales se inaplica una norma por ser contraria a la Constitución son recurribles ante el el Tribunal Constitucional, siempre y cuando se cumpla los presupuestos procesales de admisibilidad del recurso que nos ocupa.

24. Las decisiones dictadas en materia de control difuso se limitan a inaplicar la norma cuestionada, cuando esta no es compatible con la Constitución. El juez no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad la norma, pues esta es una facultad que el constituyente se la atribuyó, de manera exclusiva, al Tribunal Constitucional. La norma inaplicada se mantiene en el ordenamiento. En este orden, la sentencia tiene un efecto relativo, puesto que solo vincula a las partes y tiene consecuencia para el caso de que se trate.

25. Como la norma permanece en el ordenamiento, existe la posibilidad de que jueces distintos al que la inaplicó, la puedan aplicar en otro caso. Esta situación no es compatible con el principio de seguridad jurídica¹⁸.

¹⁷ . Artículos 185 y 188 de la Constitución

¹⁸ . Véase Hermógenes Acosta de los Santos, El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución, pp.208-209

26. Esta es, precisamente, la problemática que el legislador dominicano ha querido resolver al establecer que las sentencias que inaplican una norma por ser contraria a la Constitución son susceptibles del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales. En este sentido, la decisión que dicte el Tribunal Constitucional tendría efectos *erga omnes*, y, en caso de que confirme la sentencia objeto del recurso, declarararía inconstitucional la norma y la expulsaría del ordenamiento.

27. Sin embargo, consideramos que es necesario respetar el debido proceso para que el tribunal pueda declarar inconstitucional la norma. Esto implicaría agotar los trámites procesales propios del control concentrado de constitucionalidad. En este sentido, se debería fijar audiencia y poner en condiciones de participar en esta audiencia a quienes fueron parte ante las jurisdicciones ordinarias, a los órganos que dictaron la norma y al Procurador General de la República.

28. El problema que se nos plantea es que ni el constituyente ni el legislador previeron el procedimiento a seguir en la materia, situación que en el futuro debe resolverse con una reforma legislativa. Sin embargo, cuando se presente la situación, y en la eventualidad de que no se haya producido dicha reforma, el Tribunal Constitucional debería valorar la posibilidad de establecer un procedimiento a tales fines, en virtud del principio de autonomía procesal, que ya el tribunal a implementado.

b. Recurso fundamentado en la violación a un precedente del Tribunal Constitucional

29. Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, según se consagra

en la misma Constitución.¹⁹ De manera que los jueces del Poder Judicial tienen la obligación de tomar en cuenta los precedentes fijados por el Tribunal Constitucional en las distintas materias, de no ocurrir así, sus sentencias pueden ser anuladas, por la vía del recurso de revisión constitucional.

30. De no existir esta obligación, el carácter vinculante de las sentencias constitucionales no tendría ninguna importancia en la práctica, toda vez que una norma desprovista de sanción no es una verdadera norma jurídica, pues su cumplimiento dependería de la buena voluntad de sus destinatarios. De ahí la importancia que tiene en esta materia el recurso que nos ocupa.

31. Conviene destacar, que aunque en la Constitución solo se reconoce el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, este ha sido extendido, de manera pretoriana, al ámbito de los precedentes fijados por los tribunales del Poder Judicial, al menos en lo que concierne al auto precedente. Ciertamente, el Tribunal Constitucional estableció que es nula la sentencia, cuando el tribunal que la dictó cambia su propio precedente, sin explicar las razones que justifican dicho cambio.²⁰

c. Recurso fundamentado en la violación a un derecho fundamental

32. La tercera y última causal tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales de las partes en un proceso, cuando las garantías previstas en el ámbito del Poder Judicial no hayan funcionado. De manera que lo que

¹⁹ . Artículo 184, de la Constitución

²⁰ . El Tribunal Constitucional reconoció el carácter vinculante del autoprecedente en la sentencia Tc-0094-13, de 4 de junio, sentencia que es analizada en el Hermógenes Acosta de los Santos, El Valor del Precedente Constitucional. En Wilson Gómez Ramírez (coordinador) XXII Jornadas de Derecho Constitucional, celebrada en la República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016, pp. 55-57

se pretende con este recurso es sancionar las vías de hecho y las arbitrariedades cometidas por un tribunal judicial. En este sentido, consideramos que el recurso de revisión que nos ocupa se constituye, cuando tiene la finalidad indicada, en un verdadero amparo contra sentencia.

33. La complejidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales es mayor cuando se fundamenta en la violación de un derecho fundamental, porque resulta casi imposible que pueda establecerse dicha violación sin que el Tribunal Constitucional incursione en espacios que constitucional y legalmente están reservados para los jueces del Poder Judicial. Pienso, particularmente, en la valoración de los hechos y en la interpretación del derecho común. No abundo más sobre la cuestión, porque ella será objeto de análisis en el segundo apartado de esta parte del trabajo.

B. Formalidades del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales

34. Este recurso se interpone mediante escrito motivado que se deposita en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia objeto del mismo, en el plazo previsto por el legislador y al cual luego nos referiremos. Por otra parte, en un plazo de cinco días, contados a partir del referido depósito, el recurso se debe notificar al recurrido, quien dispone de treinta días para depositar el escrito de defensa y de cinco días para notificarlo.²¹ Esta última notificación, es decir, la del escrito de defensa, carece de utilidad práctica, en razón de que no se contempla la posibilidad de que el recurrente deposite un escrito de réplica.

²¹ Artículo 54 incisos 1,2 y 3 de la Ley Número 137-11

35. En lo que concierne a las notificaciones del recurso y del escrito de defensa, se advierte una imprevisión que consiste en no indicar a cargo de quién están ambas notificaciones. Respecto de esta cuestión, el Tribunal Constitucional estableció que tratándose *“(...) de un recurso de revisión constitucional y, en consecuencia, de orden público, es de rigor que dicha actuación procesal la realice la secretaria del tribunal que dictó la sentencia recurrida.”*²²

36. Esta solución nos parece correcta como remedio provisional, toda vez que en un futuro el legislador debe hacer la corrección correspondiente. Sin embargo, el Tribunal debió dejar abierta la posibilidad, de manera expresa, de que también la parte interesada pudiera hacer la notificación de referencia y, en particular, que el recurrente notificara el recurso y la recurrida, el escrito de defensa. Esto con la finalidad de que las partes tuvieran la oportunidad de contribuir a la agilización del proceso.

37. En esta materia no se celebra audiencia, por lo que la decisión se toma en cámara de consejo. En este sentido, el expediente queda en estado de recibir fallo desde la fecha en que vence el plazo para depositar el escrito de defensa, lo cual implica que a partir de este momento el secretario del tribunal que dictó la sentencia recurrida puede tramitar el expediente a la Secretaría del Tribunal Constitucional, trámite que hay que realizarlo en un plazo de 10 días²³

38. Respecto de los efectos del recurso, la interposición de este no suspende la ejecución de la sentencia recurrida, pero el Tribunal Constitucional tiene facultad para ordenar la suspensión de la misma, a pedimento de parte debidamente motivado.²⁴ Sobre esta cuestión, el legislador fue lacónico, en

²² Véase sentencia TC/0038/12 de 13 de septiembre.

²³ . Artículo 54.4, de la Núm. 137-11

²⁴ Artículo 54 de la Ley 137-11.

la medida de que es un solo texto el que se refiere a la misma. En este orden, la ley acusa importantes imprevisiones, en particular nada se establece respecto de la notificación de la demanda en suspensión ni de la posibilidad de que el demandado pueda depositar escrito de defensa.

39. Ante tales imprevisiones, el Tribunal Constitucional completó el procedimiento, fundamentado en el principio de autonomía procesal. En efecto, en la sentencia TC/0039/12, dictada el 13 de septiembre, el tribunal reivindicó el derecho del demandado a conocer y defenderse de la demanda en suspensión. Igualmente, puso a cargo del secretario del Tribunal Constitucional la notificación de la referida demanda en un plazo de 3 días contados a partir de la fecha del depósito de la misma; mientras que le concedió al demandado 5 días, contados a partir de dicha notificación, para que deposite en la Secretaría del Tribunal su escrito de defensa.

40. La línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional en esta materia ha sido muy clara, pues solo ordena la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida cuando advierte que resulta necesario para evitar un daño manifiesto e irreparable. Por otra parte, puede afirmarse que hasta la fecha la cantidad de demandas en suspensión acogidas no es significativa. Esto se debe al carácter excepcional de la medida y, sobre todo, a que, generalmente, la demanda en suspensión y el recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional se interponen mediante una misma instancia. Este escenario procesal le permite al Tribunal decidir el recurso en primer lugar, con lo cual la demanda queda sin objeto.

C. Los requisitos de admisibilidad

41. Los presupuesto de admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales tienen una enorme importancia, en la medida de que estamos en presencia de un recurso muy

extraordinario y subsidiario. En este sentido, la revisión de una decisión que tiene el carácter de la cosa irrevocablemente juzgada entra en conflicto con un valor del ordenamiento jurídico, como lo es la seguridad jurídica. Por esta razón, entendemos, en la línea de Peter Häberle²⁵, que el Tribunal Constitucional debe ser muy estricto y riguroso al momento de examinar dichos requisitos de admisibilidad.

42. El carácter extraordinario de este recurso ha sido precisado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en lo adelante TCFA), al señalar que se trata de una garantía complementaria de protección de los derechos fundamentales que procede de manera muy excepcional, en la medida que se interpone contra una resolución que tiene el carácter de la fuerza de cosa juzgada.²⁶

43. Por otra parte, resulta de rigor que, al abordar el estudio de los requisitos de admisibilidad del recurso, se distingan los requisitos generales, es decir, los que aplican con independencia de la causal del recurso, de los requisitos particulares, aplicables cuando el recurso se fundamenta en una determinada causal. Desde esta óptica, abordaremos el estudio de esta cuestión.

C.1. Requisitos generales de admisibilidad

44. Los requisitos generales de admisibilidad del recurso que nos ocupa son los que indicamos a continuación: a) debe ser interpuesto dentro del plazo previsto por el legislador, b) la sentencia debe tener el carácter irrevocable de la cosa juzgada, c) los recursos previstos por el legislador deben agotarse.

²⁵ . Peter Häberle, El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, El recurso constitucional de Amparo, Derecho Administrativo y Política (FUNDADp), México, 2005, Traducción y Estudio Preliminar de Joaquín Brage Camazano, p. ue ún fi o ministPtraducción Lo

²⁶ . BVerfGE, 68, 376, 380, citada por Peter Häberle, ob. cit. 123

a. Plazo previsto para recurrir

45. El plazo previsto para recurrir es de treinta días, contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia objeto del recurso.²⁷ Originalmente, el Tribunal Constitucional consideraba este plazo como franco y al calcularlo no tomaba en cuenta los días feriados y no laborables. Sin embargo, esta tesis fue abandonada posteriormente, en el sentido de que se entendió razonable que dicho plazo siguiera siendo franco, pero que los días fueran calendarios.²⁸

b. Autoridad irrevocable de la cosa juzgada

46. La sentencia objeto del recurso debe haber adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada antes de 26 de enero de 2010, fecha en que se consagró en la Constitución el Tribunal Constitucional.²⁹ Una sentencia adquiere la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada cuando no es susceptible de recurso, sea porque los mismos se ejercieron o sea porque transcurrieron los plazos previstos por el legislador. Sin embargo, en el segundo caso, la sentencia no sería susceptible del recurso objeto de estudio, ya que, como veremos más adelante, el requisito objeto de análisis debe combinarse con el relativo a que deben agotarse todos los recursos previstos en el ámbito del Poder Judicial.

47. En torno al requisito relativo a que la sentencia debe haber adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, consideramos que se trata de una previsión que, por una

²⁷ . Artículo 54.1, de la Ley Núm. 137-11

²⁸ . La noción de plazo franco se toma del derecho común, específicamente, del artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil.

²⁹ . Artículo 277 de la Constitución

parte, está inspirada en el principio de la seguridad jurídica y, por otra parte, en el principio de irretroactividad de la ley³⁰. Los derechos consagrados en una sentencia que adquirió la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada se convierten en derechos adquiridos, lo cual implica que no pueden ser objeto de cuestionamiento mediante un recurso consagrado con posterioridad a la fecha en que la decisión adquirió dicho carácter.

c. Agotamiento de los recursos previstos en el ámbito del Poder Judicial

48. El recurso de revisión constitucional es un mecanismo previsto para sancionar, por medio de la anulación de la sentencia recurrida, las violaciones cometidas por los órganos judiciales. Sin embargo, la aplicación de esta sanción no sería razonable si el órgano sancionado no ha tenido la oportunidad de subsanar la violación que se le imputa.

49. Ciertamente, el agotamiento de los recursos indicados permite a los órganos judiciales de mayor jerarquía subsanar las irregularidades cometidas por el órgano inferior y, de esta forma, evitar que las mismas sean denunciadas ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, conviene destacar que cuando la violación es cometida por una de las salas o por el pleno de la Suprema Corte de Justicia, no existe posibilidad de que dicha violación sea corregida en el ámbito del Poder Judicial.

50. Nos parece importante destacar que aunque el legislador exige el agotamiento de todos los recursos que procedan en la materia de que se trate, el Tribunal Constitucional ha establecido que solo deben ejercerse los

³⁰. En el artículo 110 de la Constitución se establece que "La ley solo dispone y se aplica para el porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior.

recursos ordinarios, no así los extraordinarios. En efecto, en la sentencia TC/0604/15, dictada en fecha 15 de marzo, se estableció lo siguiente:

De manera que el agotamiento de dichos recursos extraordinarios solo debe exigirse como requisito de admisibilidad del recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, cuando este último se fundamenta en una de las causales de admisibilidad de la revisión civil o cuando del estudio del expediente se advierte que existía una de dichas causas.³¹

51. De la lectura del párrafo anterior se advierte que los recursos extraordinarios solo deben agotarse cuando esté presente una de las causales previstas para que estos sean admisibles. Se trata de una tesis correcta, ya que carecería de razonabilidad obligar a una parte a agotar el recurso de revisión civil, el de revisión penal o la tercería, en aquellos casos en que los mismos no procedan.

52. Es importante destacar que la razón de ser del requisito de admisibilidad objeto de análisis radica, como muy bien lo indica el TCFA (BVerfGE 77. 381,401), en que la garantía de la tutela de los derechos fundamentales es tarea inicial y preferente de la jurisdicción ordinaria.³²

C.2. Requisitos particulares de admisibilidad

a. Invocación del derecho fundamental violado

53. Este requisito solo aplica cuando el recurso se fundamenta en la violación a un precedente del Tribunal Constitucional o de un derecho

³¹ . El criterio anterior fue reiterado en las sentencias TC-0074-16, de fecha 17 de diciembre y en la TC-0135-17, de fecha 15 de marzo.

³² . Véase Peter Häberle, ob. cit., p. 123

fundamental, pues no aplica cuando el recurso se fundamente en que el órgano judicial inaplicó una norma jurídica considerada contraria a la Constitución. El referido requisito no aplica porque el interés del recurso, en esta última hipótesis, está orientado no a determinar violaciones imputables al órgano judicial, sino a la revisión de la constitucionalidad de la norma inaplicada.

b. La especial trascendencia o relevancia constitucional

54. Un recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales tiene especial trascendencia o relevancia constitucional, cuando plantea una cuestión importante desde el la óptica de la teoría del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, es decir, que no se atiende solo a la existencia o no de una infracción constitucional.³³ En este

³³. Respecto de la especial trascendencia o relevancia constitucional, se trata de un requisito que en el sistema español está consagrado en el artículo 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, modificada por la la Ley Orgánica No. 6-2007, de 24 de mayo. El Tribunal Constitucional español interpretó los supuestos en los que puede concurrir una "especial trascendencia constitucional", en la sentencia STC 155-2009, 25 de julio, (FJ2), indicando una lista enunciativa no limitativa. Dichos supuestos son, los siguientes: a) Cuando se plantee un problema o una faceta del derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; b) cuando se dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de una reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevante para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargado de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2; c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) cuando la violación del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y considere necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alegan en el recurso esté siendo incumplida de manera general y reiterada por la jurisdicción ordinaria; o existan resoluciones judiciales contradictoria sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicando en unos casos y desconociéndola en otros; f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional y g) cuando el asunto suscitados, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales. (Ver Juan Ignacio Moreno Fernández, IBIDEM, pp. 228-229). En nuestro sistema la especial

sentido, su exigencia está circunscrita, consideramos nosotros, a los recursos de revisión de decisiones jurisdiccionales que se fundamenten en la violación de un derecho fundamental, no así cuando el fundamento sea la violación de un precedente del Tribunal Constitucional o cuando se haya inaplicado una norma considerada contraria a la Constitución.

55. Dicha tesis se fundamenta en que la sola violación del precedente constitucional hace necesario que el Tribunal Constitucional se avoque a verificar si esta se cometió, toda vez que está en juego el principio de igualdad y el de seguridad jurídica. Lo mismo ocurre con la inaplicación de una norma, hecho que obliga al tribunal a realizar un examen de constitucionalidad respecto de esta, en aras de la unidad de la interpretación constitucional y de la seguridad jurídica.

D. Contenido de la sentencia que resuelve el recurso

56. Previo a referirnos al contenido de la sentencia, quisiéramos abordar una cuestión vinculada a este tema. Me refiero a que de la interpretación conjunta de los numerales 5 y 7 del artículo 54 de la Ley núm. 137-11 resulta que es necesario dictar dos sentencias en relación a cada recurso: la primera, para decidir sobre la admisibilidad y, la segunda, para resolver el fondo, esta última solo es necesaria, obviamente, cuando se declara

trascendencia o relevancia constitucional está consagrada en el artículo 100 de la Ley 137-11. Mientras que los supuestos en los cuales se entiende que se satisface el referido requisito fueron identificado en la en sentencia TC-0007-12, en la cual se estableció un listado de algunos de los supuestos en que puede concurrir la especial trascendencia o relevancia constitucional. Dichos supuestos son los siguientes: 1) que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento; 2) que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados; 3) que permitan al Tribunal Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales; 4) que introduzcan respecto a estos últimos un problema jurídico de trascendencia social, política o económica cuya solución favorezca en el mantenimiento de la supremacía constitucional.

admisible el recurso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que era conveniente, para garantizar el principio de celeridad y de economía procesal, que ambos aspectos se resolvieran mediante una sola sentencia, sin perjuicio de que la decisión contenga motivaciones respecto de la admisibilidad y del fondo.³⁴

57. La solución adoptada por el Tribunal Constitucional nos parece correcta, ya que satisface el requerimiento del legislador que consiste en que en todos los casos sea analizada primero la cuestión de la admisibilidad del recurso y luego el fondo. Este requerimiento puede cumplirse, como lo entendió el tribunal, sin necesidad de dictar dos sentencias.

58. Expuesto lo anterior, nos referiremos al contenido de la sentencia que dicta el Tribunal Constitucional con ocasión del conocimiento del recurso de revisión que nos ocupa, contenido que dependerá de si se aborda o no el fondo. Cuando no se aborda el fondo, el Tribunal se limita a declarar la inadmisibilidad del recurso, decisión que se tomará cuando no se cumplen todos los requisitos previstos por el constituyente y el legislador.

59. Cuando se satisfacen los requisitos de admisibilidad, el tribunal debe avocarse a conocer el fondo del recurso y, ante esta eventualidad, puede rechazar o acoger el mismo. Cuando el recurso se acoge, la sentencia objeto del mismo se anula y el expediente se devuelve a la secretaría del tribunal que la dictó, con la finalidad de que este último vuelva a conocer del caso y enmiende los vicios advertido por el Tribunal Constitucional.³⁵

³⁴ Véase sentencia TC/0038/12 del 13 de septiembre.

³⁵ Artículos 54.9 y 54.10, de la ley 137-11.

E. Los problemas que genera la revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales

60. Los problemas que se derivan de la revisión de las decisiones jurisdiccionales por el Tribunal Constitucional son, principalmente, los que indicamos a continuación: la sobrecarga procesal del Tribunal Constitucional y los conflictos o desavenencias con el Poder Judicial. En los párrafos que siguen nos referiremos a dicha problemática.

E.1. La sobrecarga procesal del Tribunal Constitucional

61. Esta problemática procesal la estudiaremos a partir de la experiencia del TCFA y del Tribunal Constitucional Español (en lo adelante TCE), ya que estos son los dos tribunales que tienen mayor tiempo controlando las decisiones jurisdiccionales por la vía del amparo constitucional, lo cual les ha permitido acumular una vasta experiencia en la materia. En el caso alemán, esta garantía se viene implementando desde el año 1951;³⁶ mientras que en España data de 1981.³⁷

62. El acceso al TCFA de los ciudadanos a través del recurso de amparo constitucional es muy abierto, en la medida de que cualquier ciudadano que alegue la violación de un derecho fundamental puede acceder ante esa jurisdicción constitucional. Esto ha tenido como consecuencia la llegada al tribunal de una cantidad considerable de recursos de amparo,³⁸ lo cual implicó una carga excesiva de trabajo para dicho tribunal y, en esta virtud,

³⁶ . El recurso de amparo constitucional fue discutido por "los padres y las madres" de la Ley Fundamental, pero finalmente no fue consagra en esta ley fundamental. Esta garantía complementaria o subsidiaria de protección de los derechos fundamentales se consagró en la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1951 y en el año 1969 fue elevado a rango constitucional. (Véase Peter Häberle, ob. Cit., p.101)

³⁷ . El amparo constitucional español está consagrado en el artículo 161.1.b, de la Constitución de 1978.

³⁸ . Cada año llegan al TCFA entre 3,000 y 4,000.00 amparos, véase Peter Häberle, ob. Cit., p.102 ET.

puso en peligro su funcionamiento.. Ante esta realidad, surgió la necesidad de introducir reformas orientadas a establecer “vallas” o un sistema de “exclusas”, según palabras del TCFA. ³⁹

63. El legislador alemán tomó conciencia, desde hace bastante tiempo, de la amenaza que suponía para el funcionamiento del TCFA la considerable cantidad de recursos de amparo constitucional que ingresaban al mismo. Por ello, en el año 1956, creó comisiones a lo interno del Tribunal y para el año 1985 secciones, formada por tres jueces designadas por las salas, según la última reforma de 1993.⁴⁰ En los párrafos que siguen nos referiremos a la reforma de 1985; no así a la de 1956, por no estar vigente, ni a la de 1993, porque se limitó a complementar la de 1985.

64. La implementación de estas secciones estuvo orientada a disminuir la carga de trabajo de las salas del Tribunal. En este orden, las secciones pueden declarar inadmisibile el recurso de amparo constitucional, por unanimidad de votos y fundamentada en el presupuesto previsto en el artículo 93.1, frase 3, de la Ley del Tribunal Constitucional. Por demás, esta decisión no requiere de motivación y no es recurrible.⁴¹

65. En todo caso, las secciones tienen una competencia más amplia, pues estas pueden dictar decisiones estimatorias, en aplicación de las previsiones del artículo 93.1, frase 1, de la Ley del Tribunal Constitucional, acogiendo el amparo cuando lo considere procedente para la protección de los derechos fundamentales, a condición de que la cuestión fundamental del conflicto haya sido discutida y decidida por el TCFA en un caso anterior, es decir, que exista precedente en la materia.⁴²

³⁹ . Peter Häberle, ob. Cit., p. 125

⁴⁰ Peter Häberle, ob. Cit., p. 126

⁴¹ . Peter Häberle, ob. Cit., p. 128,

⁴² . Peter Häberle, ob. Cit., p. 128

66. Otra medida legislativa implementada concierne a la posibilidad de prescindir de decisión judicial para resolver aquellos amparos inadmisibles o que, notoriamente, no tengan posibilidad de éxito, es decir, de manera administrativa por la vía de los servicios administrativos; salvo que el recurrente exija que su caso sea resuelto mediante una decisión judicial.⁴³

67. Con estas medidas legislativa se logró en Alemania descongestionar el TCFA y evitar el colapso de dicho Tribunal, pues de acuerdo con las estadísticas judiciales, las secciones resuelven el 97% de los recursos de amparo constitucional.⁴⁴ El éxito de estas medidas ha permitido a las salas ocuparse de los recursos de amparo más importantes y decidirlos, por no ser una cantidad relativamente grande, en menor tiempo, sin sacrificar la calidad.

68. Lo anterior supone que solo el 3% de los amparos llega a las salas, lo cual implica que la mayoría de los recursos de amparo que se interponen carecen de una sustentación constitucional. En igual sentido, de esto se deduce que las partes que no obtienen ganancia de causa ante la jurisdicción ordinaria acuden a esta vía como si se tratara de una cuarta instancia.

69. El TCE tuvo una experiencia similar a la del TCFA, razón por la cual el legislador español realizó reformas muy similares a las que implementó, con mucho éxito, el legislador alemán. Esencialmente, hubo dos reformas relevantes, las cuales se introdujeron mediante la Ley Orgánica 6-1988, de 9 de junio, y, principalmente, a través de la Ley Orgánica 6-2007, de 24 de mayo.

⁴³ Peter Häberle, ob. Cit., p. 126

⁴⁴ Peter Häberle, ob. Cit., p. 128

70. A través de la primera ley fueron modificados los artículos 50 y 86.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español (en lo adelante LOTCE), a los fines de hacer más expedito el régimen de las inadmisibilidades del recurso de amparo constitucional, abriendo la posibilidad de decretar la inadmisión mediante simples providencias.⁴⁵

71. El cambio más importante recae sobre los motivos de la inadmisión, porque, aunque la ley indicada no afectó sustancialmente los mismos, *“sí los describe con mayor precisión a como se había hecho en la redacción originaria, recogiendo en parte la doctrina del del TC.”*⁴⁶ En efecto, se mantuvieron inalterables algunos de los anteriores motivos de inadmisión, *“(…) como el de la demanda basado en derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional y el de recursos sobre supuestos sustancialmente iguales que otros que fueron ya desestimados por el Tribunal”*.⁴⁷

72. La nueva incorporación de motivos concierne, por una parte, al relativo a que la demanda *“carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del TC”*, fórmula esta que el TCE ya venía utilizando en los autos de inadmisión.⁴⁸ Por otra parte, fueron integrados por vía legislativa los requisitos relativos a la falta de legitimación del actor, la competencia del tribunal, la extemporaneidad de la demanda y la inexistencia de los demás requisitos de procedibilidad.⁴⁹ Finalmente, es importante destacar que la declaratoria de inadmisibilidad está

⁴⁵ .Luis E. Delgado del Rincón, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sus reformas: La consolidación del Tribunal Constitucional como supremo interprete. En Benigno Pendas(director) Esther Gonzalez y Rafael Rubio (coordinadores) España constitucional (1978-1918), trayectoria y perspectiva, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, tomo V, pp. 4142

⁴⁶ . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142

⁴⁷ . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142

⁴⁸ . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142

⁴⁹ . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142

condicionada a que los defectos indicados concurren *“de manera manifiesta e insubsanables”*.⁵⁰

73. No menos relevante fue la reforma introducida en lo que respecta a la potestad reconocida a las secciones para que pudieran declarar inadmisibile, con voto unánime de sus miembros, el recurso de amparo por simple providencia, con la excepción del recurso de súplica del Ministerio Fiscal.⁵¹ De no existir unanimidad, el recurrente tiene el derecho de audiencia y la inadmisibilidad puede ser decretada mediante auto.⁵²

74. En este sentido, esta reforma, como bien lo advierte Rubio Llorente, no consistió en atribuirle nuevas competencias a las secciones;⁵³ sino más bien en un aumento del poder de las secciones. Este poder se aplica para los casos en que de manera unánime los integrantes de las secciones consideren que el recurso de amparo es inadmisibile, eventualidad en que pueden, como ya se indicó, tomar la decisión mediante simple providencia.

75. La reforma anterior no fue capaz de disminuir el número de amparos que entraban al TCE, razón por la cual fue dictada la referida Ley Orgánica 6-2007, de 24 de mayo, mediante la cual se introduce el requisito de la especial trascendencia constitucional.⁵⁴

76. De acuerdo con la nueva normativa, en particular el artículo 51.1.b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el requisito de la especial relevancia constitucional del recurso se aprecia *“atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación y*

⁵⁰ . . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142

⁵¹ . . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142.

⁵² . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4143

⁵³ . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4142. Véase Rubio Llorente, La Forma del Poder, volumen III, Madrid, CEPC, 2012, p. 1293

⁵⁴ . Luis E. Delgado del Ricón, ob. cit., p. 4143

para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales".⁵⁵

77. Como se advierte, estamos en presencia de un concepto ambiguo, lo cual ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, mediante la cual el TCE ha identificado los supuestos en los cuales existe especial relevancia constitución y se justifica, por tanto, el conocimiento del recurso de amparo.⁵⁶

78. Por otra parte, se considera que, con la introducción de este requisito, el legislador español optó por una concepción objetiva del amparo⁵⁷, tesis esta que no es pacífica, como nos lo indica Juan I. Moreno F., autor que sostiene que:

⁵⁵ . Luis E. Delgado del Rincón, ob. cit. pp. 4143-4144)

⁵⁶ . En la primera sentencia que el Tribunal Constitucional español interpretó los supuestos en los que puede concurrir la trascendencia constitucional fue en la STC 155-2009, 25 de julio, (FJ2), indicando una lista enunciativa no limitativa. Dichos supuestos son, los siguientes: a) Cuando se plantee un problema o una faceta del derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; b) cuando se dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de una reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevante para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargado de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2; c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) cuando la violación del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y considere necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alegan en el recurso esté siendo incumplida de manera general y reiterada por la jurisdicción ordinaria; o existan resoluciones judiciales contradictoria sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicando en unos casos y desconociéndola en otros; f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional y g) cuando el asunto suscitados, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales.

⁵⁷ . Luis E. Delgado del Rincón, ob. cit., pp. 4144

Lo primero que hay que señalar es que con la introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional de la decisión no se ha querido objetivar el recurso de amparo sino, antes al contrario, dejar en manos del Tribunal, de forma subjetiva, la selección de los supuestos en lo que va a entrar a pronunciarse, tras casi treinta años de doctrina constitucional interpretando y delimitando el alcance de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que la Constitución consagra.⁵⁸

79. Esta reforma, como las anteriores, tuvo como objetivo disminuir el número de amparos que ingresaban al TCE, objetivo que no fue logrado, según Fernández Moreno, quien afirma que:

La intentio legislatoris de la reforma no era otra que la de reducir el número de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que le impedían cumplir eficazmente con sus funciones, no sólo la de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas, sino también la del control de constitucionalidad del legislador y de los conflictos competenciales. Sin embargo, el objetivo pretendido ha sido baldío porque con la introducción de aquel requisito no se ha alterado el número de recursos de amparo que tienen entrada en el Tribunal Constitucional.⁵⁹

80. La enseñanza que nos deja la experiencia española es que el reforzamiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de amparo

⁵⁸. Juan Ignacio Moreno Fernández, "Los requisitos de admisibilidad de la demanda de amparo constitucional", Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, Año 1, Núm. 1, 2016, Instituto Dominicano de Derecho Procesal Dominicano, Santo Domingo, República Dominicana, p. 220

⁵⁹. Juan I. Fernández Moreno, ob. cit., p. 222. El autor sustenta su afirmación el dato estadístico extraído de la Memoria del Tribunal Constitucional de 2014, Madrid 2015, pág. 247, (cuadro 15), en el cual se indica que ingresaron al TCE 7663 recursos de amparo constitucional.

revela que a nivel institucional existe una clara consciencia del carácter extraordinario y excepcional de esta garantía. Esto contrasta con el comportamiento procesal de la parte que no obtiene ganancia de causa en el ámbito del Poder Judicial, toda vez que las estadísticas judiciales nos indican que no más de un 1% de los recursos son admisibles.⁶⁰

81. En este sentido, no parece viable que la carga procesal del TCE pueda reducirse, lo que sugiere que el éxito de la política legislativa no debe centrarse en la disminución del número de casos que ingresa al tribunal, sino en la agilidad con que estos puedan resolverse.

E-.2. Los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial

82. La revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales, por la vía del amparo constitucional o por cualquier otra vía es, sin dudas, una fuente de conflicto entre el controlador y el controlado.

83. Como es de conocimiento de quienes se dedican al estudio de la materia y, hasta cierto punto, de toda la comunidad jurídica, la experiencia española es, probablemente, la que cuenta con una mayor cantidad de ejemplos de conflictos entre el TCE y el Tribunal Supremo (en lo adelante TS), pues como se afirma, con amplio conocimiento de causa, los conflictos entre estos órganos constitucionales *"(...) se han sucedido prácticamente desde comienzo de la andadura del TC hasta nuestros días."*⁶¹

⁶⁰ . En el año 2014 el TCE declaró inadmisibile el 99 % de los amparos que ingresaron. Véase Juan I. Moreno Fernández, ob. cit. p. 223

⁶¹ .José Luis González Monte, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo : Relaciones y Conflictos. En Benigno Pendas(director) Esther González y Rafael Rubio (coordinadores) España constitucional (1978-1918), trayectoria y perspectiva, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, tomo V, p. 4129

84. Al abordar esta cuestión, solo pretendemos dejar constancia de esta experiencia singular y analizar las causas y posibles soluciones o mitigación del problema.

a. El sistema reforzado de la protección de los derechos humanos como causa del conflicto

85. Los conflictos entre estos dos órganos han sido frecuentes, a pesar de que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional delimitan las atribuciones de cada uno de ellos. ⁶²

86. Se entiende que la causa de dichos conflictos reside en la existencia de un sistema reforzado de la protección de los derechos fundamentales, donde el ciudadano que no ha obtenido protección de sus derechos fundamentales en el ámbito del Poder Judicial tiene, como última alternativa, al Tribunal Constitucional, vía el amparo constitucional. Lo anterior funciona como una especie de querrela, en la cual el delito que se imputa es la violación de un derecho fundamental en perjuicio de una persona que fue parte en un proceso ordinario, el acusado es una de las Salas del Tribunal Supremo, generalmente, y el órgano competente para conocer la querrela es el Constitucional.

87. De esta manera, de lo que se trata es de que cuando las garantías previstas en el ámbito del Poder Judicial no son efectivas queda abierta la posibilidad de acudir al TC.

88. En la literatura jurídica se conocen muchos casos que pueden considerarse paradigmáticos del conflicto entre el TCE y el TS, en los cuales se han revelado discrepancias doctrinales entre estos dos órganos

⁶² . José Luis González Monte, ob. cit., p. 4147

constitucionales. De los temas que han distanciado a estos dos órganos, cabe destacar el relativo a la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen. A cada uno de estos temas nos referiremos en los párrafos que siguen.

89. En torno a la presunción de inocencia, el conflicto se presenta porque el TS considera que la valoración de la prueba es una materia de su exclusiva competencia, mientras que el TCE entiende que puede incursionar en la indicada materia.⁶³

90. Respecto del tema del derecho a la intimidad y a la imagen, las diferencias entre los dos órganos constitucionales parecen irreconciliables y dieron lugar a una crisis de considerables dimensiones. La diferencia de orden doctrinal radica en que mientras el TS es muy proclive a privilegiar el derecho a la información, el TCE tiene mayor proclividad a privilegiar al derecho a la intimidad y a la imagen.

91. Siendo este tipo de diferencia normal, en principio no debería haber de conflicto, sin embargo lo hubo. Dicho conflicto se suscitó porque TS desconoció, de manera indirecta, el precedente sentado por el TCE en la materia de referencia. Dicho desconocimiento consistió en que, si bien el TS estableció, siguiendo la doctrina del TCE, que en el caso en cuestión se violó el derecho a la intimidad y a la imagen, fijó una indemnización insignificante.⁶⁴

⁶³ . Véase sentencia TSC 31-1981, 28 de julio, citada por José Luis González Monte, ob. cit., p. 4151. En esta sentencia el TCE anula una sentencia del Tribunal Supremo, en la cual se había validado una condenada que se sustentaba únicamente en las declaraciones hechas por el imputado ante la policía y que no fue ratificado en el ámbito jurisdiccional. Para el TCE esta única prueba no es suficiente para superar el principio de presunción de inocencia.

⁶⁴ . La discrepancia respecto del derecho a la intimidad y la imagen se suscitó en el conocido caso Presler, resuelto definitivamente mediante la STC 186-2001, de 17 de diciembre.

92. Ante esta situación, el TCE reaccionó acogiendo un segundo recurso de amparo, anulando la sentencia objeto del mismo y estableciendo la indemnización que consideró proporcional al daño sufrido por el recurrente, en lugar de devolver el expediente al TS, como lo establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁶⁵

93. Como se aprecia, el TS solo siguió la doctrina del TCE en apariencia; mientras que este último se atribuyó una competencia propia de los órganos judiciales, como lo es la fijación de indemnización. De manera que se trató de un conflicto de enorme magnitud.

94. No menos grave fue el conflicto que generó una sentencia del TS mediante la cual fueron condenados a 500 euros cada uno los 11 jueces del Tribunal Constitucional por haber decidido un caso en el cual el recurrente les había pedido su inhibición. Esta sentencia condenatoria fue objeto de un recurso de amparo constitucional, incoado por los jueces condenados ante el mismo TCE y que fue decidido y acogido cuando una nueva composición del órgano lo permitió. Esta última sentencia se fundamentó en que las decisiones tomadas por el TCE no pueden ser revisadas por el TS.⁶⁶

95. El análisis que antecede deja fuera de dudas que estamos en presencia de una competencia cuyo ejercicio genera conflictos inevitables. Por lo que existe la percepción de que las dificultades continuarán en el futuro, quedando abierta la posibilidad solo de mitigar el problema.

⁶⁵ . Véase la sentencia STC 186-2001, de 17 de diciembre, citada y analizada por José Luis González Monte, ob. cit., p. 4152-4153

⁶⁶ . Véase el Auto del TS de 28 de abril de 2003 y la sentencia de 23 de enero de 2004; así como la sentencia STC 133-2013, citadas y analizadas por José Luis González Monte, ob. cit. pp. 4155-4157

b. La mitigación del problema

96. Generalmente, las dificultades que se generan entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, tiene su génesis en que el segundo reclama la competencia exclusiva respecto de la interpretación del derecho común, materia en la cual, el segundo se ve en la obligación de incursionar para poder cumplir con la misión de proteger, de manera subsidiaria, los derechos fundamentales.⁶⁷ Planteado el problema en estos términos, queda claro, como ya hemos indicado, que no existen fórmulas para evitar el conflicto.

97. Así las cosas, resulta que dicho conflicto puede presentarse con más frecuencia en aquellos sistemas donde el Tribunal Constitucional no solo protege el debido proceso formal, sino también el debido proceso material. Esto así, porque cuando la revisión se hace con la finalidad de determinar si hubo una violación a las garantías procesales, no es necesario revisar los hechos de la causa para establecer dicha violación. En cambio, cuando de lo que se trata es de determinar si la decisión está bien fundada respecto del debido proceso material, existe más necesidad de revisar los hechos de la causa. En esta línea de pensamiento, el TCFA ha establecido que la interpretación del derecho ordinario y de los hechos de la causa no es una tarea propia de la jurisdicción constitucional.⁶⁸

⁶⁷ . José Luis González Monte, ob. cit. pp. 4161

⁶⁸ . Sobre esta cuestión el TCFA ha establecido que: "La conformación del proceso, la determinación y valoración de los hechos, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación al caso particular son solo competencia de los tribunales generalmente competentes para ello, y están sustraído de la revisión por el Tribunal Constitucional Federal". (BVerfGE 18, 85, 92 68, 361, 372; 95, 96,128), tomada de Peter Häberle, ob. cit., p. 131. Sobre esta problemática, véase igualmente, a Enrique Pestaña Uribe, Los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales y las nuevas dimensiones del debido proceso y la tutela judicial procesal efectiva en el Código Procesal Constitucional. En José Palomino Manchego, (coordinador), El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde, Universidad Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2015, tomo I, pp. 717-711. Este autor considera negativa la previsión del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, en la medida que

98. Cabe destacar, sin embargo, que la anterior doctrina no es seguida por el propio TCFA, cuando este advierte una interpretación arbitraria. Según esta tesis, la jurisdicción constitucional queda facultada para revisar las interpretaciones que hace el juez ordinario, cuando se advierta una aplicación errada de la ley y, en consecuencia, objetivamente ajena a la Ley Fundamental.⁶⁹

99. En otro orden, existe una corriente que considera que la reducción de la cantidad e intensidad del conflicto depende de que ambos órganos sean moderados al momento de ejercer sus competencias. Así, para González Monte, la mesura y prudencia, tanto del TCE como del TS, juegan un papel importante.⁷⁰

100. En sentido parecido se pronuncia Francisco Tomás y Valiente⁷¹, autor que considera que la creciente coordinación entre los jueces y los miembros del Tribunal Constitucional descansa en los tres elementos siguientes: a. una profunda y general convicción democrática, b. una formación técnica impartida en la Escuela Judicial y en las Facultades de Derecho con permeabilidad absoluta a lo que significa la Constitución, su primacía y el Tribunal Constitucional y su supremacía formal y funcional, y c. incentivar una relación personal entre los jueces y miembros del TCE más frecuente y directa

en este texto se faculta a la jurisdicción constitucional a revisar las resoluciones judiciales no solo en lo que concierne al debido proceso formal, sino también en lo que concierne al debido proceso material, porque tal faculta le da a esta jurisdicción la posibilidad de determinar si lo decidido se ajusta al derecho, lo que supone, según este autor revisar cuestiones de fondo, con lo cual el proceso constitucional abre las puertas a una nueva revisión de lo actuado y sobre todo de lo juzgado por el Juez ordinario.

⁶⁹ . Vease BVerfGE, 4,1, 7; 42, 64, 73 y ss. Citada por Peter Haberle, ob. cit. p. 136

⁷⁰ . José Luis González Monte, ob. cit. pp. 4160

⁷¹ . Francisco Tomás y Valiente, Escrito sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales , Madrid, 1993, p.84

101. Nosotros nos suscribimos a esta tesis, porque consideramos vital el factor humano de los actores que intervienen. Tenemos que partir, sin dudas, de que el Tribunal Constitucional tiene la última palabra en materia de interpretación constitucional y que sus precedentes deben ser acatados por los jueces del Poder Judicial. Sin embargo, no dejamos de reconocer que el Tribunal Constitucional debe ejercer sus competencias, con un sentimiento democrático y estar en disposición de autocontrolarse, en aras de que se puedan lograr los objetivos perseguidos por el sistema de justicia constitucional.

Reflexiones Finales

La revisión constitucional de las decisiones judiciales por parte del Tribunal Constitucional o de un órgano constitucional equivalente es necesaria, pero al mismo tiempo es una competencia problemática. Necesaria porque de la misma manera que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo pueden violar derechos fundamentales, también lo puede hacer el Poder Judicial a través de las decisiones judiciales. Es problemático porque puede aumentar la carga procesal del Tribunal Constitucional y poner en riesgo su funcionamiento, como ya ocurrió en Alemania y España.

Pero el problema mayor que generar la revisión de las decisiones judiciales es que crear conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, como también ocurrió y sigue ocurriendo en España. Estos conflictos ocurren porque a través del recurso de amparo constitucional o de la revisión constitucional se le atribuye al Tribunal Constitucional la tarea de proteger los derechos fundamentales, tarea que también tienen los órganos judiciales ordinarios.

La confrontación se produce, principalmente, porque el Tribunal Constitucional revisa, con cierta frecuencia, los hechos y el derecho para poder determinar si mediante la resolución objeto del recurso que conoce se violó un derecho fundamental. Una forma de disminuir la incursión del Tribunal Constitucional en ámbitos copetenciales propios del Poder Judicial puede ser limitando el objeto del amparo constitucional, por la vía legislativa, a la protección del debido proceso formar y excluir de dicho objeto el debido proceso material.

Cuando el objeto del recurso de amparo constitucional incluye el debido proceso material, este recurso se convierte en una nueva instancia, lo cual abre totalmente la posibilidad de que el Tribunal Constitucional revise los

aspectos de fondo que fueron decididos en el ámbito del Poder Judicial y que adquirieron la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada.

Estoy conteste con la doctrina que sostiene que el conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial es inevitable, por lo cual no tiene solución y solo puede mitigarse. Igualmente, creo en la necesidad de que los actores del sistema aumenten su sentimiento democrático y actúen en el ejercicio de sus competencias con una visión de sistema. En este orden, el Poder Judicial tiene la obligación de adherirse a las interpretaciones constitucionales del Tribunal Constitucional y este último tiene la responsabilidad de respetar la Constitución y de autocontrolarse.

Termino esta intervención con un cita del insigne presidente del Tribunal Constitucional español, Francisco Tomás y Valiente, cito. "Estoy persuadido de que una más profunda y general convicción democrática, una formación técnica impartida en las Facultades de Derecho y en la Escuela Judicial con permeabilidad absoluta a lo que significan la Constitución y su primacía normativa y el Tribunal Constitucional y su supremacía formal y funcional, y una más frecuente y más directa relación personal entre jueces y miembros del Tribunal Constitucional, son los tres elementos en los que debe descansar la creciente coordinación entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional."⁷²

⁷² . Francisco Tomás y Valiente, ob. cit. p. 84

Bibliografía

Enrique Pestaña Uribe, Los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales y las nuevas dimensiones del debido proceso y la tutela judicial procesal efectiva en el Código Procesal Constitucional. En José Palomino Manchego, (coordinador), El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde, Universidad Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2015, tomo I

Emilio Rodríguez Demorizi, La Constitución de San Cristóbal, (1844-1854), pie de página No.102, página 189, Academia Dominicana de la Historia, Editorial del Caribe, C. por A., Santo Domingo, R. D., 1980

Francisco Tomás y Valiente, Escrito sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

Hermógenes Acosta de los Santos, El Control de Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución, Universidad APEC, Santo Domingo, República Dominicana, 2010

José Luis González Monte, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo : Relaciones y Conflictos. En Benigno Pendas(director) Esther González y Rafael Rubio (coordinadores) España constitucional (1978-1918), trayectoria y perspectiva, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales. Peter Häberle, El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano, El recurso constitucional de Amparo, Derecho Administrativo y Política (FUNDADp), México, 2005, Traducción y Estudio Preliminar de Joaquín Brage Camazano

Juan Ignacio Moreno Fernández, “Los requisitos de admisibilidad de la demanda de amparo constitucional”, Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional, Año 1, Núm. 1, 2016, Instituto Dominicano de Derecho Procesal Dominicano, Santo Domingo, República Dominicana

Juan Manuel Acuña, La expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina, Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. En Gerardo Eto Cruz coordinador) Liber Amicorum, Néstor Pedro Sagués, Tomo I, Luis E. Delgado del Rincón, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sus reformas: La consolidación del Tribunal Constitucional como supremo interprete. En Benigno Pendas(director) Esther Gonzalez y Rafael Rubio (coordinadores) España constitucional (1978-1918), trayectoria y perspectiva, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, tomo V

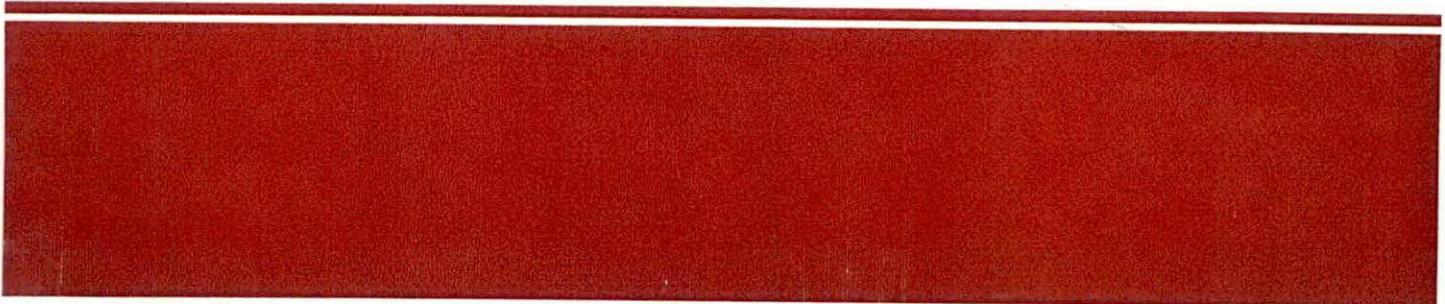
Rubio Llorente, La Forma del Poder, volumen III, Madrid, CEPC, 2012

_____, El Valor del Precedente Constitucional. En Wilson Gómez Ramirez (coordinador) XXII Jornadas de Derecho Constitucional, celebrada en la República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016



**EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA
SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y
LA INDEPENDENCIA JUDICIAL**

Bernabel Moricete Fabián



**El carácter vinculante de la sentencia constitucional y la
independencia judicial**

Bernabel Moricete Fabián

Clamor casi unánime es que en aquellos países en los que la defensa de la Constitución ha pasado de ser tarea exclusiva del poder Judicial a ser entregada al cuasi monopolio de un órgano extrapoder, con facultades extraordinarias de control de constitucionalidad, que se superpone a los tradicionales poderes de los órganos de gobierno, la advertencia común ha sido la misma, el posible choque de trenes.

El carácter vinculante de las decisiones de este órgano concentrado, que recibe comúnmente las denominaciones de Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, entre otros, pronto deja al descubierto que es el guía y motor de la interpretación y aplicación de la Constitución, por lo que el denominado choque de trenes debe, en democracias adecuadamente funcionales, despejarse o, por lo menos, es la aspiración que debería confirmarse con la racionalidad y fortaleza que expresen las sentencias constitucionales, cuya legitimidad depende enteramente de que sean expresión real y efectiva de justicia social, de que eviten vulnerabilidades, de que protejan efectivamente los derechos y controlen el poder público, al tiempo que viabilizan la adecuada operatividad de los órganos de poder del Estado bajo el esquema constitucional.

En esta ocasión nos ocupa el impacto de las decisiones del Tribunal Constitucional (en lo adelante, TC) en uno de los principios en que descansa la función del poder Judicial, a saber, el principio de Independencia; en cuya confrontación se enfrenta otro mandato principalista del ordenamiento constitucional, que es el carácter vinculante de las decisiones del TC.

En primer lugar, se debe desentrañar el sustento normativo de uno y otro principio, para determinar los alcances que cada uno representa para la efectiva operatividad de uno y otro órgano estatal.

Breve apunte sobre la independencia judicial

Cabe aquí ensayar algún concepto de independencia conducente a la recreación de su alcance en la labor cotidiana del juez. En tal sentido, las opiniones del jurista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa son de gran ayuda, al referir que “la *independencia* de los jueces y tribunales es, en un Estado de derecho, requisito esencial para la buena administración de justicia. Con ello se busca que estos funcionarios estén al abrigo de presiones indebidas por parte de los otros órganos del poder, tanto del Ejecutivo como del Legislativo¹”, lo mismo que respecto a los otros órganos del poder público.

Es como plantea Ferrajoli, para poner en contexto el alcance de la independencia judicial, sobre la frase «¡Hay jueces en Berlina», apuntando que *“debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieren contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión en general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución”*².

Entonces la pregunta es ¿cómo se comporta esa independencia frente a la autoridad que la Constitución le otorga a las decisiones del Tribunal Constitucional?

¹ Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 9na Ed. Temis, Bogotá, 2003, p. 280.

² Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4ta Ed. Trotta. Madrid, 2004, p. 26.

El propio TC ha ido adelantando, en su jurisprudencia, observaciones acerca del significado de la independencia judicial al recordar, en su SENTENCIA TC/0116/16, que en los considerandos a la ley 137-11 se estableció la necesidad de dejar claro que la facultad de legislar sobre lo dispuesto en el art. 277 de la Constitución, en cuanto al otorgamiento de competencia para conocer de los recursos de revisión sobre decisiones del poder Judicial, debe tener *“el objetivo de asegurar la adecuada protección y armonización de los bienes jurídicos envueltos en la correlación que debe darse entre el poder Judicial y el Tribunal Constitucional, singularmente en lo concerniente a la independencia judicial y la seguridad jurídica”* [FJ.10.e]. Y deslindando el efecto que impone la independencia judicial sobre sus propias facultades, el TC dominicano, en la sentencia núm. 00398-14 [FJ.57], haciendo suyas unas atinadas argumentaciones del TC peruano, que cita de forma textual, deja establecido que *“el proceso de amparo en general y el amparo [revisión de sentencias] contra resoluciones judiciales en particular no pueden constituirse en mecanismos de articulación procesal de las partes, mediante los cuales se pretenda extender el debate de las cuestiones sustantivas y procesales ocurridas en un proceso anterior, sea éste de la naturaleza que fuere y que haya sido resuelto por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues no constituye un medio impugnatorio que continúe revisando una decisión que sea de exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria, facultad que constituye la materialización de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que la Constitución Política reconoce a este poder del Estado; a menos que pueda constatarse un proceder manifiestamente irrazonable, que no es el caso”* (el corchete es nuestro).

Apuntes sobre el carácter vinculante de las decisiones del TC

Apunta Schauer, citado por Magaloni Kerpel, que *“la actividad jurisdiccional debe llevarse a cabo a partir de reglas externas y preexistentes a la disputa. Ello significa, por tanto, que el juez debe contar con un enunciado normativo que comprenda los hechos que la disciplina plantea”*. Es esta la esencia de la independencia judicial sometida al imperio de la ley, pero cuando tal independencia debe entrar en comunión con el precedente vinculante, advierte este autor acto seguido que, *“sin embargo, en el caso de las decisiones judiciales con valor de precedente, el juez posterior no tiene una norma expresa, abstracta y general, sino una sentencia que resuelve una controversia concreta. Ello hace que, según el autor, sea especialmente problemático definir los límites sustantivos que la vinculación al precedente que impone al juzgador”*³.

El carácter vinculante de las decisiones que dicta el TC es un resultado necesario del principio de supremacía constitucional y del carácter normativo de la Constitución, que reviste a la interpretación auténtica que dimana de ese órgano, que es proclamado por la propia norma constitucional como guardián de su defensa y permanencia, de la capacidad necesaria para vincular a los poderes públicos y a los particulares en sus decisiones. La Constitución tiene una vocación de perpetuidad, y para garantizar la misma, debe dotar a los órganos que se encargan de su defensa de la fortaleza necesaria para que sus decisiones alcancen ese rango de indisponibilidad frente a aquellos que pretendan desconocer o amenazar su supremacía.

La Constitución dominicana lo consagra de forma expresa, en su art. 184, al disponer la creación del órgano a quien le otorga el privilegio de velar

³ Magaloni Kerpel, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. MacGraw-Hill, Madrid, 2001, pp. 94-95.

por su vigencia, estableciendo que “Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrecurribles y **constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado**. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria”.

Constituye el carácter vinculante de decisiones jurisdiccionales un cambio de paradigma en el sistema jurídico dominicano que, en su herencia del *legiscentrismo* francés, predicó un carácter meramente orientador de la jurisprudencia emanada de los órganos del poder Judicial, tal y como ha rezado en el art. 2 de la Ley sobre Procedimiento de Casación No. 3726, modificada por la Ley 491-08, cuando consagra que [Art. 2] “Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia nacional”; con lo que, tradicionalmente, la jurisprudencia de la Corte de Casación es citada por los tribunales de orden inferior como una fuente de conocimiento referencial, que le permite fallar siguiendo el hilo conductor del alto tribunal, pero sin que, en esencia, se impongan sus argumentaciones como mandato imperativo de alcance general (salvo excepciones que, en la brevedad de esta presentación, no vienen al caso).

Cabe recordar que este cambio se establece en la práctica con la reforma constitucional de 1994⁴, cuando se otorga a la Suprema Corte de Justicia la competencia para conocer del control concentrado de constitucionalidad. Aunque aquella Constitución no estableció de forma

⁴ Dos breves episodios de justicia constitucional se tuvieron en la República Dominicana, previo a la reforma de 1994. El primero, en la Constitución de 1844, cuando en sus artículos 35 y 125 se estableció la garantía de supremacía constitucional, con la prohibición al legislador de no hacer leyes inconstitucionales —con un prediseño del sistema de fuentes— (art. 35) y, en el 125, con el mandato expreso a los jueces de no aplicar leyes inconstitucionales. El segundo momento se presenta en 1924, con la atribución expresa de competencia a la Suprema Corte de Justicia para pronunciarse sobre el control de constitucionalidad, tanto por vía incidental como por vía principal.

expresa el carácter vinculante, se asumía en las decisiones sobre control de constitucionalidad concentrado por la naturaleza de las mismas, que tienden a cuestionar y, si fuere pertinente, a expulsar la norma infraconstitucional anulada como parte del sistema de fuentes de derecho positivo vigente.

Se ha de destacar que, al establecer la Constitución dominicana, en su reforma de 2010, el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional, lo hace de forma general, sin entrar en distinción acerca del procedimiento que da origen a la decisión, siendo el único requisito que dimana de este superior órgano jurisdiccional. Y se debe apuntar que, conforme al mandato del art. 185 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene competencias en diversos casos y con procedimientos diferenciados.

Así se establece que será competente para conocer en única instancia de:

- 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;
- 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;
- 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;
- 4) Cualquier otra materia que disponga la ley (abriendo con esta reserva de ley el abanico para que el legislador integre otras competencias).

A estas competencias se agrega el mandato del art. 277 de la Constitución, del que se extrae que el TC será competente para examinar las decisiones con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, posteriores a la

reforma de 2010; a cuyo fin, la ley 137-11 (art. 53) estableció el recurso de revisión constitucional contra sentencias jurisdiccionales.

Con lo anterior se nos muestra una interesante diversidad de situaciones en las que puede dictar decisiones el TC, con lo que en ocasiones lo veremos en ejercicio del control abstracto –vía control concentrado- de constitucionalidad y, en otras, en una dinámica que nos trae fórmulas de *case law* con las acciones de revisión de sentencias conforme al art. 277 (precitado) y de la revisión de sentencias de amparo, cuya competencia es atribuida por el art. 94 de la Ley 137-11.

El carácter vinculante de las decisiones entraña, precisamente, una exigencia de idoneidad, responsabilidad y autoevaluación muy marcada en los jueces de tan alto tribunal (el juez Jackson, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Brown v. Allen* 1953, llamaba a ese examen de autorreflexión y autolímite, reconociendo que ese órgano es el último en decir la verdad jurídica que ha de definir una realidad y se ha de perpetuar como mandato vinculante en la sociedad estadounidense). Su tarea apareja, precisamente, definir el carácter de la Constitución en su único ámbito de eficacia posible, su carácter normativo y, por ende, perpetuar aquellas dos grandes tareas, tempranamente identificadas por la importante y muy conocida declaración francesa de 1789⁵ (art. 16), a saber, tutelar las libertades fundamentales y controlar el poder.

En atención al carácter vinculante hay que destacar una diferencia importante respecto a la ley: mientras la ley contiene, por lo regular, un mandato del legislador que se plantea de manera directa, de hacer o no hacer, y sancionando la actividad de inobservancia, en la que se reniega la intención argumentada del autor (legislador u otro centro de producción

⁵ Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispone: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".

normativa), amén de las declaraciones de motivos –“considerandos”- que preceden la parte imperativa (que puede contener la cada vez más olvidada intención del legislador), frente a cuyo contenido el juez asume el rol de intérprete último del sentido y alcance de la norma, en la sentencia con carácter vinculante encontramos un alto contenido axiológico, motivaciones que procuran indicar hasta dónde alcanza el mandato de la parte dispositiva y encasillar el ámbito de libertad interpretativa que gobierna a los órganos que deberán aplicar el mandato, sobre todo los del poder judicial, cuando solucionan objetivamente la controversia en el caso a caso.

Es por ello que, al entrar en el campo del perfil del juez constitucional, vemos autores como Néstor Pedro Sagüés demandando un delicado equilibrio entre el rol del juez y la operatividad dinámica y sensata de la Constitución “leal con el techo ideológico de la ley suprema⁶”. Advierte este autor que una dimensión básica en el perfil del juez constitucional “es su condición para realizar interpretaciones *previsoras* de la Constitución, o sea, emitir sentencias que tengan muy en cuenta sus consecuencias, tanto para el caso concreto como para la sociedad global en donde pueden proyectarse tales veredictos⁷”.

En este contexto se nos plantea el tránsito que debe hacer la sentencia constitucional, que se dicta bajo el esquema de control abstracto, hacia el escenario de la solución del caso concreto en sede judicial –por ejemplo, en las acciones de control de constitucionalidad concentrado, cuando se pronuncian sentencias que salvan parcialmente la norma atacada vía un contenido basado en la interpretación conforme-. Allí la mirada de amplio espectro se hace más necesaria, toda vez que, al pronunciar una

⁶ Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Centro de Estudios Constitucionales. Lima, 2008, p. 42.

⁷ Ídem.

inconstitucionalidad parcial, corresponde el juez constitucional observar el alcance de la misma respecto a la lógica y sistematicidad que conserva el resto del texto superviviente, luego de la sentencia⁸.

El Tribunal Constitucional como órgano de garantía de la independencia judicial

En la Constitución dominicana, la independencia judicial aparece en una triple dimensión: aparece como una suerte de garantía institucional, es garantía judicial y, además, es garantía funcional del juez.

Independencia en el marco de la garantía institucional del poder Judicial

Una aventurada dimensión del principio de independencia es verlo aquí como garantía institucional, contemplada en el artículo 4 de la Constitución dominicana, que configura, si se quiere, la *imagen maestra*

⁸ En el caso de la sentencia TC-0075-16, la acción estaba dirigida en contra de los artículos 30, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 40, 46, 47 y 48 de la Ley núm. 6132 sobre Expresión y Difusión del Pensamiento, que contienen el ámbito de penalización de los delitos de prensa; en cambio, la sentencia declara nulos los artículos 30, 31, 34, 37, 46, 47 y 48. Una inconstitucionalidad que permite salvar textos como el art. 35 de la ley, que reza: "Artículo 35.- La injuria cometida de la manera establecida en el artículo 34, en perjuicio de particulares, cuando no fuere precedida de provocación, se castigará con cinco días a dos meses de prisión y con multa de RD\$ 6.00 a RD\$ 50.00, o con una sola de estas penas". El art. 34, condicionante del 35, fue anulado, el cual establecía "Artículo 34.- La injuria cometida por los mismos medios en perjuicio de los organismos o personas designados por los artículos 30 y 31 de la presente ley se castigará con pena de seis días a tres meses de prisión y con multa de RD\$ 6.00 a RD\$ 60.00 o con una sola de estas dos penas". Y los art. 30 y 31 – condicionantes de la eficacia del 34 y del 35-, también fueron anulados; con lo que, la conservación del art. 35 exigía una carga argumentativa que supliera el vacío generado por la propia sentencia, para hacer eficaz su vigencia.

Otro ejemplo en el que se aplica la necesaria previsibilidad, es su sentencia 00339-14 el TC estableció que "16.10. Por otro lado, este tribunal ha identificado la existencia de una conexidad regulatoria entre los artículos 13, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32 y 42 de la referida ley núm. 2334-1885, por estar configuradas en esos artículos disposiciones que buscan dotar de contenido, así como modular la ejecutoriedad de la tasa que está dispuesta en el artículo 13." Agregando que "16.11. En ese sentido, los artículos 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32 y 42 de la Ley núm. 2334-1885 deben ser declarados nulos por conexidad en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley núm. 137-11, por devenir inconstitucionales".

del poder Judicial, al establecer la garantía de independencia respecto a los demás poderes del Estado en la división tripartita del poder público, haciendo indisponible para la capacidad reguladora del legislador –o de cualquier otro poder estatal- tal condición inmanente al rol del poder judicial, que impide someterlo a criterios de subordinación y obediencia funcional o administrativa. Así, el art. 4 dispone la independencia de los tres poderes –Legislativo, Ejecutivo y Judicial- en el ejercicio de sus respectivas funciones, pero que en el caso de la rama judicial encuentra siempre una mayor necesidad de reclamar esta independencia, dado que en el reparto de las tareas constitucionales entre estos tres órganos de gobierno, al Judicial le toca una labor un tanto ausente de las tareas administrativas y de formación de los mandatos normativos, tocándole un rol de vigilancia y control que solo se activa con las acciones de partes que entran en una relación litigiosa (incluidos los propios órganos estatales). Es en este contexto, donde la independencia judicial se coloca como herramienta, de la que se vale el Estado democrático de derecho para establecer un verdadero escenario de balance entre los poderes con significado tanto jurídico como político; así destaca la opinión de Luis María Díez-Picazo, al expresar que:

“De aquí que la independencia judicial sea uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho y de aquí, igualmente, el núcleo duro e indiscutido de su significado jurídico-político: la administración de la justicia no debe ser pura manifestación del poder político ni quedar supeditada en manera alguna a aquellos órganos del Estado que ejercen dicho poder político, y ello porque de nada serviría dictar normas que limitan la actividad de los

gobernantes si ulteriormente, en la fase de aplicación contenciosa del Derecho, éstos pudieran influir en la resolución de los litigios”⁹.

Huelga recordar que esta necesaria independencia del poder Judicial de los demás poderes, en el ámbito jurídico-político, fue tempranamente advertida por Montesquieu, cuando señalaba “*que tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor*”¹⁰.

Lo que habría que preguntarse en este contexto es ¿qué pasa en el marco de tal independencia con el surgimiento, hoy día, de un órgano extrapoder como el TC, que se mueve entre la tarea titánica del control de los actos de órganos del poder político¹¹ (legislativo, ejecutivo, órganos extrapoder) y el control de las tareas jurisdiccionales de los tribunales del poder judicial, llamado al ser intérprete de la ley en la solución de casos?

Cuando al TC dominicano la Constitución le otorga la tarea de decidir sobre los conflictos de competencia de los “poderes públicos” del Estado, conforme al art. 185.3, lo pone precisamente en el rol de árbitro de la independencia del poder Judicial, que anuncia el art. 4 de la propia

⁹DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Notas De Derecho Comparado Sobre La Independencia Judicial*. Revista Española de Derecho Constitucional Año 12. Núm. 34. Enero-Abril 1992, p. 2. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79448> [fecha de consulta: 9/10/2016]

¹⁰ MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*, 1735. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tecnos, Madrid, 2000, p. 107.

¹¹ Monroy Cabra hace referencia a un carácter político de la jurisdicción constitucional, justificado en que “el objeto de la interpretación constitucional son las normas constitucionales que se caracterizan por su especial contenido político; y, además, por [la] innegable trascendencia política de sus sentencias que controlan a los demás órganos constitucionales del Estado, dirimen sus conflictos y garantizan los derechos y las libertades constitucionales de los ciudadanos” (MONROY CABRA, Marco Gerardo. *La Interpretación Constitucional*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, p. 55).

Constitución respecto a los demás poderes¹². En tal contexto, asuntos de pura administración pueden verse en el marco de la disputa, como el caso de la autonomía administrativa, donde tareas relativas a la asignación de presupuesto se ven expuestas a confusión cuando, por un lado, la Constitución consagra tal autonomía sobre el poder Judicial, pero establece como canal de envío, en su tránsito al poder Legislativo, una actuación de apoderamiento del poder Ejecutivo.

El mandato constitucional en tal sentido, consagrado en el art. 149., párr. I, establece que “El poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria”; para más adelante agregar, en el art. 233, que “corresponde al poder Ejecutivo la elaboración del proyecto de Presupuesto General del Estado”, agregando en su párrafo que “se consignarán de manera individualizada las asignaciones que correspondan a las diferentes instituciones del Estado”. Aspecto que ya ha sido abordado por el TC cuando, en su sentencia 00001-15¹³ establece que,

¹² El Tribunal Constitucional español ha establecido que “Ya en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6, se afirmó que la independencia del poder Judicial «constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento como del de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente del “poder” Judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el Legislativo y el Ejecutivo», añadiéndose que «el poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla». En la STC 37/2012, de 19 de marzo, dijimos además que «la independencia del poder Judicial... implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo» (FJ 4), y añade «que, en el ejercicio de su función constitucional, el juez es libre en cuanto que solo está sujeto al imperio de la ley. O, dicho de otro modo, que los jueces y tribunales son independientes porque están sometidos únicamente al Derecho. Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son, en suma, anverso y reverso de la misma medalla» (STC 37/2012, FJ 5, y jurisprudencia allí citada). Esa independencia de cada juez o tribunal en el ejercicio de su jurisdicción, tal y como se decía en la STC 108/1986, de 26 de julio, «debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial (art. 2 LOPJ) como por “todos” (art. 13 de la misma Ley). La misma Constitución prevé diversas garantías para asegurar esa independencia. En primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de Ley Orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2)» (FJ 6)” (Sent. 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 7).

¹³ Criterios sobre la autonomía presupuestaria del poder Judicial y otros órganos estatales habían sido abordados por el TC en su sentencia 0305/14, fj. 11.7., estableciendo que “La autonomía, en el derecho

“9.1.11. Se ha dicho, con razón, que el dinero es el principio vital del cuerpo político, y como tal sostiene su vida y movimientos y lo capacita para cumplir sus funciones más esenciales. Por esto, su adecuada distribución entre los poderes y órganos del Estado constituye uno de los aspectos que determinan la eficacia del principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que diseña la Constitución. No es posible garantizar el funcionamiento adecuado de los poderes y órganos fundamentales del Estado si no se les asignan fondos suficientes en el Presupuesto General del Estado. Así, por ejemplo, el poder Judicial y el Ministerio Público —el primero un poder tradicional y el segundo un órgano constitucional autónomo— gozan de una especialización presupuestaria de origen orgánico-legal que no puede ser desconocida en la elaboración (Poder Ejecutivo) y aprobación (Poder Legislativo) del Presupuesto General del Estado. Esas partidas, en consecuencia, solo podrían ser modificadas o derogadas por una ley de naturaleza orgánica y no por la ley ordinaria de presupuesto”.

En este ejemplo que citamos, la cuestión sobre el conflicto de competencia vendría servida a partir de a quién corresponde determinar el presupuesto del poder Judicial, cuando una ley pre-presupuestaria, condicionante de la existencia misma de la ley de presupuesto, ha establecido un mínimo vital del presupuesto general del Estado que se reserva en favor del poder

público, constituye una noción polisémica porque tiene múltiples dimensiones y se emplea en diversos sentidos en el campo de la distribución del poder, conforme a la concepción específica acerca de la forma jurídico-política del Estado que define la Carta Magna. Necesario es precisar, entonces, que la autonomía de la que han sido revestidos los órganos extrapoder en la Constitución de 2010 es cualitativamente superior a la autonomía meramente administrativa que la Constitución reconoce a los organismos autónomos y descentralizados de la Administración Pública, los cuales podrán ser creados por ley y “estarán adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector”¹¹. Ella se distingue también de la autonomía de la Administración Local o Municipal¹², que la Constitución establece para estimular la descentralización territorial¹³ en el contexto de una República unitaria¹⁴. Así, los órganos constitucionales están dotados de una autonomía reforzada, es decir, de un grado tal de autonomía muy superior al de los entes administrativos y municipales, que les garantiza una esfera libre de controles e injerencias del poder Ejecutivo”.

Judicial, tal y como lo establece la Ley 194-04; en la que, tras fijar el mínimo vital del presupuesto del poder Judicial y otras instituciones, dispone, en su art. 6, párrafo I, que *“Los porcentajes que se establecen en la presente ley no podrán ser modificados por el poder Ejecutivo, salvo que las estimaciones y situación económica del país determinen una merma o disminución de los ingresos”*, con lo que se advierte un espacio de tensión en el marco de lo que cada poder del gobierno del Estado está facultado a hacer respecto a esa y otras tareas administrativas, y que la facultad y poder otorgado sobre la fuerza vinculante del TC se cierne sobre estos poderes para generar armonía administrativa que fortalezca la independencia judicial.

Independencia judicial, garantía integrante del debido proceso

La independencia judicial es establecida, también, como garantía jurisdiccional inmanente al Debido Proceso, predicada en favor de los usuarios del sistema de justicia. Consagrada en el artículo 69.2 de la Constitución, la independencia judicial desempeña aquí un rol de capital importancia en la seguridad jurídica del justiciable, en tanto garantiza que el órgano que lo juzga no recibirá, respecto al proceso, influencias externas que condicionen su derecho a ser oído o minen la fidelidad de la balanza de la justicia que espera y merece. Así, dispone el referido art. 69.2 que toda persona tiene “[e]l derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley”.

En el marco procesal, la independencia se pregona por lo regular asociada a la garantía de imparcialidad, con la que comparte la configuración del juez como tercero imparcial que no expresa inclinación, ni animadversión, por ninguna de las partes. Es, por lo regular, bajo como alegato de imparcialidad que se llevan los asuntos al TC; aunque también puede

ejercer control el TC sobre el principio de independencia¹⁴ en su faz procesal, toda vez que al ser un principio inmanente al debido proceso predicable en favor del justiciable, nada evita que pueda ser sometido a examen por vía del recurso de revisión de sentencias jurisdiccionales, cuando el mismo se vea afectado por alguna circunstancia procesal cuya oportunidad de planteamiento haya sido ejercida conforme las reglas del art. 53.3¹⁵ de la Ley 137-11.

Remoción de obstáculo en la labor independiente del accionar judicial

En la labor adelantada por el TC en sus decisiones, que impactan directamente la independencia judicial, se encuentra la remoción de obstáculos que condicionan la capacidad de los tribunales en la solución de controversias; asumiendo el Tribunal Constitucional un importante compromiso en su sentencia TC/0339/14, el declarar de forma solemne que “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde, definición que implica no solo la actividad intelectual de declarar el derecho, sino también la materia que permita su realización, desplegando toda actividad que sea necesaria para remover los obstáculos que la impidan, por lo que le corresponde a este tribunal constitucional corregir y reparar las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva que

¹⁴ Como ejemplo, se puede citar el caso CAPERTON ET AL. v. A. T. MASSEY COAL CO., INC., de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte Suprema consideró la afectación de la independencia del juez -el cual fue financiado por una de las partes en el proceso, que finalmente recibió fallo favorable en el caso-, para la campaña en la que resultó electo como juez de la Corte de Apelación de West Virginia.

¹⁵ Art. 53. El Tribunal Constitucional tendrá la potestad de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada: “3) Cuando se haya producido una violación de un derecho fundamental, siempre que concurren y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) Que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación hayo tomado conocimiento de la misma. b) Que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada. c) Que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar”.

aseguren el cumplimiento de los fallos judiciales, para impedir que devengan en pura retórica...” (§15.4).

La remoción de obstáculo es una tarea que se ve adelantada por el TC, en los argumentos de la Sentencia TC/0050/12., en la que precisamente el TC juzga una cuestión enteramente vinculada a la garantía de independencia judicial de que es acreedor todo justiciable, como lo es la exigencia de fianza para presentar la recusación, al disponer que “La existencia de obstáculos procesales al ejercicio del mecanismo de la recusación afecta el ejercicio al derecho fundamental al juez imparcial; en el caso que nos ocupa, dicho derecho resulta condicionado a la prestación de una fianza, y por ende, a la capacidad crediticia o económica del litigante y no al hecho de existir verdaderas razones que pudiesen eventualmente afectar la imparcialidad del juez recusado, que son las que debe evaluar soberanamente el tribunal apoderado de la recusación. La tendencia en el derecho procesal dominicano es a prescindir de la prestación de la fianza para la recusación de los jueces, pues solo en la materia civil y comercial se exige dicha formalidad” (§9.2.7).

Independencia y garantía funcional del juez

En el artículo 151 de la Constitución, se apela al uso de la noción de independencia referida a una condición o característica de la que se reviste a la persona de las y los jueces, disponiendo que “Las y los jueces integrantes del poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles”. Enseña que el juez blande, en contra de cualquier pretendido intento de ejercicio de autoridad sobre su soberanía, al momento de juzgar, para repeler tanto la jerarquía administrativa interna de los órganos superiores del propio poder Judicial como la externa que pretenda dimanar de los demás órganos del gobierno, independientemente del nivel jerárquico (incluyendo los órganos

autónomos y descentralizados). Sin dejar de mencionar, además, el desmarque que debe operar del poder invisible, pues la independencia debe operar también de los poderes fácticos, de esos que no aparecen enumerados en la ley, pero que operan desde la clandestinidad, en el marco social, con agendas propias y ajenas al interés de una justicia que se sirva en el caso a caso, de forma independiente.

En este esquema de la independencia, el juez está sometido a la Constitución, y a un imperio de la ley que ha perdido parte de su imperio, ya que se le ha otorgado la capacidad directa de cuestionar e inaplicar¹⁶ la ley –labor que comparte, salvando diferencias de alcance, con el TC, que lo hace con efecto *erga omnes*-, anteponiendo, en el caso mismo, el carácter normativo, controlador y supremo de la norma constitucional frente a la ley que se reputa viciada de inconstitucionalidad.

El carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional y la necesaria convivencia con la independencia judicial en la solución de casos

- Diálogo jurisprudencial entre las decisiones del TC y las decisiones del poder Judicial.

Uno de los escenarios de mayor controversia entre la independencia judicial y el carácter vinculante radica en la absorción, por los órganos judiciales, de las sentencias de los tribunales constitucionales, cuando estas tienden a cambiar el estado de cosas por vía de mandatos imperativos, que anulan decisiones judiciales vía el recurso de revisión de sentencia que ha agotado todas las vías recursivas, quitándole a las Cortes Supremas el rol de intérpretes finales del derecho.

¹⁶ Constitución dominicana, artículo 188.- Control difuso. Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.

Se entiende que hay unos consabidos límites al rol que desempeña el TC, en el marco del tránsito del caso por las vías jurisdiccionales; limitado por la normativa procesal (Art. 53, L.137-11) que le gobierna, en el marco de la revisión, a verificar básicamente (1) la observancia y cumplimiento de los precedentes del TC, (2) dar uniformidad y coherencia al sistema de fuentes normativas sobre las cuestiones de inconstitucionalidad pronunciada por vía difusa por el poder Judicial y, en tercer lugar, (3) solucionar las inobservancias de las reglas del debido proceso que sean imputables a los órganos judiciales que han conocido el proceso que se impugna en revisión; ordenándose en la misma ley, como mecanismo limitador del alcance del apoderamiento del TC que, en caso de que este anulara la sentencia recurrida, devolverá el expediente a la secretaría del tribunal que la dictó, con lo que se pretende (esperemos que con éxito) que el TC se desvincule del examen de los hechos de la causa, que es tarea exclusiva de los tribunales del orden judicial.

En la fórmula establecida en el art. 54.10 de L. 137-11, para la devolución del caso al órgano *a quo* del poder Judicial, es donde subyace el punto de fricción entre independencia y el carácter vinculante de las decisiones del TC; toda vez que, si bien se pregonada con vehemencia la independencia judicial en la norma constitucional, el desarrollo legislativo del carácter vinculante, en la referida ley, establece una estructura en la que se toca una de las fibras nerviosas de tal independencia, al disponer que “El tribunal de envío conocerá nuevamente del caso, **con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación del derecho fundamental violado o a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa**”, por lo que el diálogo a lo interno del caso dado es inminente, en las motivaciones respectivas.

Es de marcado interés ese diálogo que se genera entre el TC y el poder Judicial, en el campo de la revisión de sentencias jurisdiccionales. Se trata de generar un espacio de convivencia no siempre pacífica; ejemplos en el marco de la globalización jurídica se observan. Mas, nos interesa cómo se va perfilando en el ámbito local. Expresa Sagüés¹⁷ que hay una dimensión sociológica en el asunto que, a riesgo de distorsionar todo el mensaje, las cito, reuniéndolas de este modo:

- 1) “Si en un país el número de decisiones judiciales reputadas como injustas es alto, es probable que exista una intensa demanda forense de programación del amparo [revisión constitucional en Rep. Dom.] contra tales resoluciones”.
- 2) “la vocación pleitista que pueda tener una comunidad”, puede conducir siempre a que se reclame la implementación de nuevos procedimientos y vías recursivas.
- 3) “la actitud de jueces y funcionarios frente al amparo [revisión] contra resoluciones suyas. En algunas sociedades, sus jueces miran a este amparo como lesivo de su dignidad y prestigio, mientras que, en otras, en cambio, sus magistrados lo aceptan como algo normal”. [los corchetes son nuestros]

Así, en el ámbito local se observan decisiones en las que el TC, ejerciendo la potestad de órgano de revisión, anula las decisiones y estas son devueltas a la Suprema Corte de Justicia, en su rol de Corte de Casación, imputándole vicios que antes juzgaba de manera soberana e independiente ese máximo órgano del poder Judicial, como lo es el tema de la falta de motivación. Un ejemplo a citar, en un caso en el que el TC, resolviendo sobre el recurso de revisión de sentencia en la que las Cámaras Reunidas de la Suprema Corte de Justicia declararon la inadmisibilidad de un

¹⁷ SAGÜÉS, ob. cit., pp. 192-193.

recurso de casación penal, por no reunir las condiciones del art. 426 del código procesal penal, el TC, en su sentencia No. 0009-13, estableció que “C. Producto de las ponderaciones realizadas en la especie, este Tribunal ha podido comprobar: a) Que, en la parte motiva de la resolución recurrida en revisión, la Suprema Corte de Justicia aludió los numerales 1 y 2 del mencionado artículo 426, antes de establecer la ausencia de tipificación de los supuestos previstos en este último y en el artículo 425; b) Que no realizó la necesaria subsunción de los mencionados textos al caso concreto que inadmitió, con lo cual hubiera dado motivos que permitieran comprobar la inexistencia de los presupuestos requeridos para la aplicación en la especie del referido artículo 426 del Código Procesal Penal; c) Que en el contexto de la Resolución objeto de revisión constitucional, no se disciernen con suficiente claridad los motivos que indujeron a la Suprema Corte de Justicia a negar la falta de tipificación de todos los supuestos previstos por los citados artículos 425 y 426”¹⁸ (§9.C). Una decisión en la que los propios votos disidentes marcan la pauta sobre la

¹⁸ A este respecto, el TC estableció en su decisión, con votos disidentes sobre el mismo tema, los criterios para considerar cumplida la obligación de motivación, de la siguiente manera: §9, G. “En consideración de la exposición precedente, el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales del orden judicial requiere: a. Desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; b. Exponer de forma concreta y precisa cómo se producen la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; c. Manifiestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; d. Evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción; y e. Asegurar, finalmente, que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional”.

En un voto disidente del Magistrado H. Acosta para esta sentencia, su doctrina constitucional establece, por el contrario, que: “5. En definitiva, lo que queremos resaltar es que la motivación de la sentencia objeto del recurso que nos ocupa hay que valorarla tomando en cuenta que el tribunal se limitó a declarar inadmisibles un recurso de casación; de manera que la exigencia de la motivación no puede hacerse con el rigor aplicable a la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión. 6. Entendemos que cuando la Suprema Corte de Justicia, establece de manera clara y precisa que en la especie no están reunidos los elementos y exigencias de ley esta cumple con los presupuestos de motivación, esto queda evidenciado cuando el alto tribunal expresa: “Considerando: que del examen del expediente de que se trata, esta Suprema Corte de Justicia ha podido determinar que en el caso se está en presencia de un recurso de casación contra una sentencia en la cual no se verifican ninguno de los supuestos previstos por los Artículos 425 y 426 del Código Procesal Penal para admitir el recurso de casación; por lo que procede declarar inadmisibles los recursos de casación de que se trata”.

En mismo sentido, con argumentos particulares, también se expresa en su voto disidente el magistrado J. P. Castellanos.

orientación de la confrontación, acerca de si tiene o no independencia el órgano del poder Judicial, en atención a la naturaleza del caso, para determinar cuándo considera suficientemente motivado su fallo o si, en cambio, debe regirse por una fórmula tasada común a todos los fallos para motivar.

Otro de los espacios de tensión en que entra la dinámica de la potestad que ejerce el TC respecto a la independencia judicial, parte de la obligación constitucional que se impone al poder Judicial en el art. 149¹⁹ de la Constitución de la República, cuando en su párrafo I dispone que le corresponde al poder Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; toda vez que el legislador orgánico de la Ley 137-11 ha dispuesto en el artículo 54.8 que el recurso de revisión “no tiene efecto suspensivo, salvo que, a petición, debidamente motivada, de parte interesada, el Tribunal Constitucional disponga expresamente lo contrario”. Con lo que, el mandato constitucional encuentra en el carácter vinculante de la decisión del TC, con el mandato legal citado, una vía de control capaz desautorizar la ejecutoriedad de aquello que ha alcanzado en los canales procesales del poder Judicial el carácter de cosa juzgada.

Otro tema, que impacta el tradicional esquema de independencia, moviendo a un cambio de paradigma, es el de la globalización jurídica, que viene de la mano, principalmente de los tribunales constitucionales, que en el marco de la aplicación de los principios constitucionales homogéneos, buscan en las argumentaciones de sus pares extranjeros una visión interpretativa diferente, acudiendo así, como expresa Sagüés a la

¹⁹ Const. dominicana, artículo 149.- “Poder Judicial. La justicia se administra gratuitamente, en nombre de la República, por el poder Judicial. Este poder se ejerce por la Suprema Corte de Justicia y los demás tribunales creados por esta Constitución y por las leyes.

Párrafo I.- La función judicial consiste en administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Su ejercicio corresponde a los tribunales y juzgados determinados por la ley. El poder Judicial goza de autonomía funcional, administrativa y presupuestaria”.

“fuente de intérprete externo”, que se impone por vía del carácter vinculante al marco legislativo interno y a los jueces que deben resolver controversias de bagaje legislativo y cultural local, convirtiendo con ello en insuficiente el derecho doméstico.

El TC dominicano ha entrado de lleno en esta dinámica de la globalización jurídica y, en sus decisiones, se aprecia una constante referencia a los precedentes de tribunales extranjeros.

Finalmente, tal y como apunta Jorge Prats, el carácter vinculante “*significa que la sentencia constitucional tiene fuerza de ley, tanto en su parte dispositiva, como en las partes esenciales de su parte motiva*”²⁰, lo que implica que siempre podrá influenciar los ámbitos de facultades del poder Judicial, lo mismo que de cualquier otro poder estatal. Facultad de la que debe hacer acopio el propio TC, en su dinámica de afianzamiento de la línea jurisprudencial, que mantenga la coherencia del sistema en defensa de la seguridad jurídica; lo mismo que en defensa del adecuado reparto de competencias de los órganos estatales, a los que debe fortalecer.

Advierte Häbermas, que “*el Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de este. Bajo el ojo crítico de un espacio público-jurídico politizado [...], el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor*”²¹. Símil válido en el campo de la defensa y consolidación de la independencia judicial, de la que debe ser tutor el TC y nunca pretender asumir en sucesión sus tareas; en la medida en que un racional y reiterado precedente vinculante se consolida, fortaleciendo la independencia del poder Judicial, la importante faena de defensa de la

²⁰ JORGE PRATS, Eduardo. Comentarios a la LOTCPC. Ius Novum, Santo Domingo, 2011, p. 69.

²¹ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 4ta. Ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 354.

Constitución, de tutela de los derechos fundamentales y de control del poder, se constituirán en tareas efectivas que consoliden un sistema democrático transparente y sustentado en el respeto de la ley y el estricto sometimiento a la norma constitucional.

Bibliografía

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12, núm. 34. Enero-Abril 1992, p. 2. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79448> [fecha de consulta: 9/10/2016].

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4ta Ed. Trotta. Madrid, 2004, p. 26.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trad. Manuel Jiménez Redondo, 4ta. Ed. Trotta, Madrid, 2005.

JORGE PRATS, Eduardo. *Comentarios a la LOTCPC*. Ius Novum, Santo Domingo, 2011.

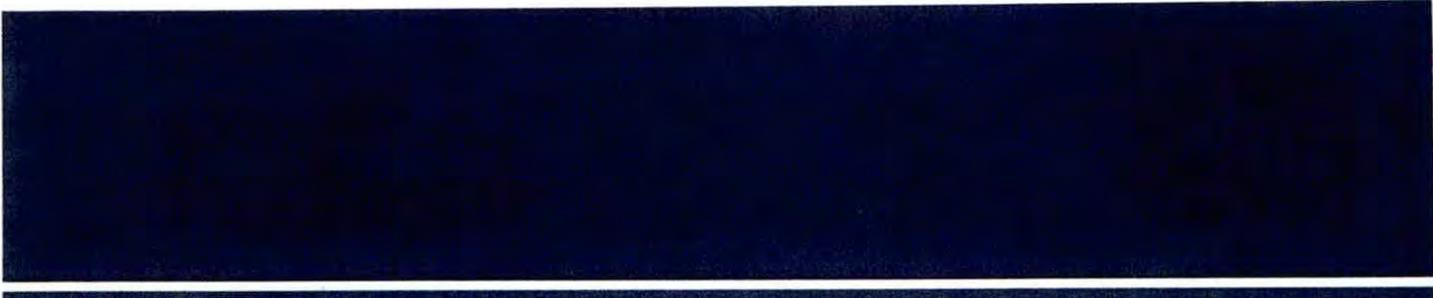
MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. MacGraw-Hill, Madrid, 2001, pp. 94-95.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *La Interpretación Constitucional*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002, p. 55.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*, 1735. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tecnos, Madrid, 2000, p. 107.

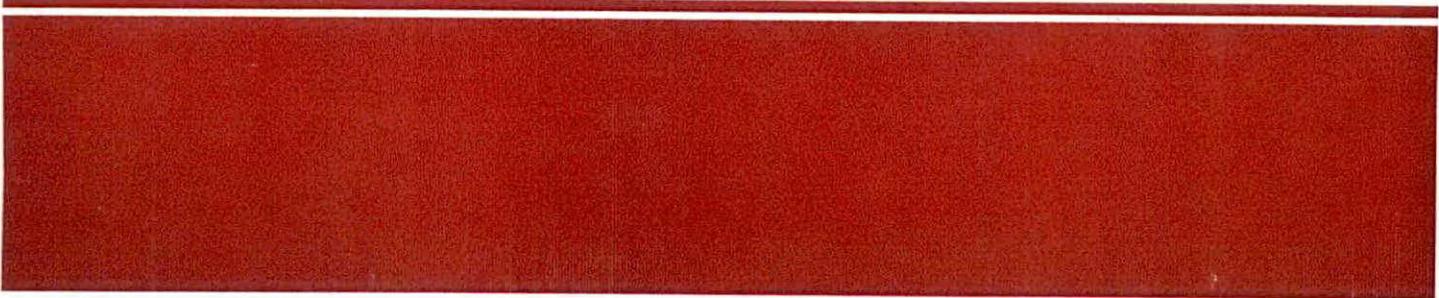
NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 9na Ed. Temis, Bogotá. 2003, p. 280.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*. Centro de Estudios Constitucionales. Lima, 2008, p. 42.



MODULACIONES CONSTITUCIONALES
(o la modulación de los efectos de las
sentencias constitucionales)

Dr. Boris Barrios González



Modulaciones constitucionales

(O la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales)

Dr. Boris Barrios González¹

Introducción

El surgimiento del control de constitucionalidad de las leyes, conforme al modelo kelseniano del tribunal austriaco, estructurado con carácter concentrado, el cual fue adoptado por la Europa continental y luego por nuestros países latinoamericanos, planeó, desde un inicio, el dilema de su adaptación a las realidades, primero, de la Europa central y, luego, de la América Latina seguidora del modelo.

Una de esas realidades que aquí analizamos es la modulación de los efectos de las sentencias de control constitucional de las leyes; y es que el modelo kelseniano, inicialmente, planteó que la sentencia de inconstitucionalidad solo podía darse en dos sentidos: Constitucionalidad o inconstitucionalidad. Hoy, esta realidad ha cambiado, incluso, en una orientación antikelseniana; cuando los tribunales y cortes constitucionales han tenido que entrar a “modular” los efectos de las sentencias, han procurado, de esta manera, adecuar los fallos a las realidades sobre las cuales deben regir.

Este es, entonces, nuestro propósito, hacer un breve análisis de la realidad de las modulaciones constitucionales, como vía utilizada por el juez

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela de Derecho, Universidad de Pisa, Italia. Especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, por la Universidad Castilla-La Mancha, de Toledo, España. Catedrático de Derecho Procesal Constitucional. Profesor Honorario de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional.

constitucional para adecuar el fallo de inconstitucionalidad a la realidad de las sociedades complejas de la posmodernidad y contemporaneidad.

1. Poder constituyente y poder constituido

La diferencia entre poder constituyente y poder constituido fue planteada por primera vez por Emmanuel Sieyès; de allí que la idea y concepto de poder constituyente tiene un origen francés.

En efecto, partimos del entendimiento de que el concepto de “pouvoir constituant” aparece en la teoría política por introducción del abate Emmanuel-Joseph Sieyès, en 1788, con su obra “Qu'est-ce que le tiers Etat?” (“¿Qué es el Tercer Estado?”); ideario que viene a explicar las actuaciones del pueblo francés a partir de la expresión de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la primera Constitución francesa de 1790.

Sieyès emplea la expresión “pouvoir constituant”, para calificar el poder perteneciente al pueblo, de constituir la sociedad civil o Estado y de darse una organización política y jurídica²; tanta importancia tiene el vocablo introducido en la teoría política por Sieyès que, más tarde, en la Asamblea Nacional Francesa, el mismo autor insistía en la explicación del poder constituyente y de los poderes constituidos, al fundamentar su proyecto de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, el cual presentó el 21 de junio de 1789³.

² SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Constituyente*. En la Enciclopedia Jurídica Omega; Buenos Aires (Argentina): Editorial Driskill, Tomo IV, 1984, p. 11.

³ Ídem.

Escribió Sieyès:

“Es imposible crear un cuerpo para un fin, sin darle una organización, unas formas y unas leyes propias para el cumplimiento de las funciones a las que ha sido destinado. Es lo que se denomina la ‘Constitución’ de dicho cuerpo. Es evidente que no puede vivir sin ella. Es también evidente que todo gobierno comisionado debe tener su constitución; y lo que es válido para el gobierno en general, lo es también para las partes que lo componen. Así el cuerpo de los representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, solo existe bajo la forma que la nación ha querido darles; éste no es nada sin sus formas constitutivas, solo actúa, dirige, gobierna a través de ellas.

A esta necesidad de organizar el cuerpo gubernativo, si se quiere que exista o actúe, hay que añadir el interés que tiene la nación por que el poder público delegado no puede llegar a ser nunca perjudicial para sus comitentes. De ello se deduce una multitud de precauciones políticas insertas en la Constitución y que suponen otras tantas reglas esenciales para el gobierno, sin las cuales el ejercicio del poder sería ilegal. Se percibe, pues, la doble necesidad de someter al gobierno a unas formas estables, sean

interiores o exteriores, que al mismo tiempo garanticen su aptitud para el fin para el que ha sido constituido y su imposibilidad de separarse de él.

Pero que se nos diga según qué criterios, según qué interés habría podido otorgarse una Constitución a la nación misma. La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella solo existe el derecho natural. Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primera línea las leyes 'constitucionales' que se dividen en dos tipos: unas regulan la organización y las funciones del cuerpo 'legislativo'; otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas 'fundamentales', no porque puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarse. En ambos casos, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.

Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo de las condiciones de su delegación. Las leyes constitucionales son, en este sentido, 'fundamentales'. Las primeras,

las que establecen la legislatura, son 'fundamentales' por la voluntad nacional antes de toda constitución; suponen su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa 'especial'. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen, en último término, de la nación"⁴.

La fundamentación ideológica que hiciera el abad Sieyès sobre la distinción entre "poder constituyente" y "poder constituido" es el aporte más sustancial e imperecedero que contiene su obra, aparte de su "Ensayo sobre los privilegios", que es el fundamento ideológico de la prohibición constitucional de los fueros y privilegios que aparece en todas las constituciones de corte liberal, incluso en las del Estado Social de Derecho, que es un legado del liberalismo político desde la revolución francesa, y que estuvo originado en la crítica de Sieyès a los privilegios con que se arropaban la nobleza y al clero, que eran el primer y segundo Estado en la concepción ideológica de Sieyès, y lucha que configuró el ideario del liberalismo político.

En la asimilación de la idea de "poder constituyente" en la doctrina política, vamos a encontrar el conflicto de los sistemas francés y anglosajón; y es que el concepto sieyista de "pouvoir constituant" es traducido al italiano y al portugués como "constituyente"; no obstante, la lengua inglesa no reconoce ni traduce el vocablo francés de "pouvoir constituant" o el castellano de "poder constituyente" que derivan del ideario revolucionarios francés; por lo que en lengua inglesa no se define "poder constituyente".

⁴ SIEYÈS, Emmanuel. ¿Qué es el Tercer Estado? Trad. de Marta Llorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez; Madrid (España): Alianza Editorial, 2008, pp. 142-144.

El fenómeno lingüístico es harto conocido en la teoría política y el derecho público, y entre otros exponentes, es explicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba por Sánchez Viamonte, y dice:

“para los ingleses carece de importancia la ausencia de un vocablo que exprese con exactitud en su lengua lo que en castellano significa ‘constituyente’, o en francés ‘constituant’, porque la función de poder constituyente propiamente dicho, como cosa distinta de los poderes constituidos, no existe en Inglaterra, desde que el parlamento británico ejerce conjuntamente, y en idéntica forma, el poder constituyente extraordinario y el poder constituyente ordinario...”⁵.

Siguiendo las ideas de Sánchez Viamonte, vale comentar que en el caso de la doctrina política norteamericana, cuando un tratadista estadounidense se ocupa del poder de hacer constitución y de imponerla, o de la función específica de fijar en una constitución escrita la forma en que se organiza política y jurídicamente un grupo social, tropieza con el problema lingüístico de usar la definición técnica correcta, porque en la lengua inglesa no existe la traducción francesa de “pouvoir constituant” o del castellano “poder constituyente”⁶.

⁵ Ídem.

⁶ Ibíd.

2. Las transformaciones del “poder constituyente”

Con la obra de Sieyès se dio inicio a un proceso de evolución ideológica del “poder constituyente”, que ha llegado hasta nuestros días y cuya última teorización la encontramos en la doctrina colombiana en la voz de Luis Carlos Sáchica, conforme al Estado Social Colombiano instituido en la Constitución de 1991, y que elaborara una nueva concepción de poder constituyente, a la que bien se puede denominar “teoría bolivariana del poder constituyente”.

En efecto, la primera teoría que conoce la historia política y del Derecho Constitucional es la de Sieyès, a la que se le ha llamado “Racional, Idealista”.

En los albores de la Revolución francesa, uno de los hombres ideológicamente más influyentes en la sociedad francesa fue el abate Emmanuel Sieyès, al punto de que fue electo como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente; su influencia ideológica se inicia con la publicación de su libro “¿Qué es el Tercer Estado?”, en 1788.

La concepción ideológica del racionalismo idealista de Sieyès parte del cuestionamiento al absolutismo monárquico, a la vez que identifica la facultad o poder que reside en el pueblo soberano o la Nación, y que como expresión política debe producir un conjunto de normas fundamentales que le dan forma y estructura organizativa al Estado.

Los antecedentes ideológicos de Sieyès los encontramos en el pensamiento de Jean Boudin y de Rousseau. Según la teoría de Sieyès, el poder constituyente deriva, directa y naturalmente, de la nación, del pueblo, que mediante ese poder declara y da legitimidad a la Constitución del Estado; porque es mediante ese poder que se organiza el Estado, autorizando leyes

que crean los órganos que representan al pueblo o nación, y el ejercicio de sus funciones queda sometido a las formas constitucionales; y es de esta manera como se legitima el ejercicio de las funciones que se cumplen en nombre del pueblo o nación; porque esos órganos y sus funciones quedan sometidos a la voluntad del pueblo, que es el titular del poder soberano.

Para Sieyès, la soberanía nacional reside en el poder constituyente, en ese poder que tiene la sociedad de darse una constitución y organizar la estructura funcional del Estado; ahora bien, la nación, voluntariamente, delega parte de esa potestad constituyente en las autoridades constituidas y se reserva el poder constituyente originario.

Es así que la mayor influencia de la teoría de Sieyès es la sustentación que hace en “¿Qué es el Tercer Estado?” de la categoría conceptual de poder constituyente originario y poder constituyente derivado; y es que para los efectos, la nación, en quien reside la titularidad del poder soberano, y por tanto, el poder constituyente originario, tiene la discrecionalidad del ejercicio del poder, y no solo de darse una organización política mediante una constituyente sino de reformar la constitución del Estado, y para los efectos, en la teoría de Sieyès, el ejercicio del poder constituyente no puede estar sujeto a ninguna forma preestablecida; y es que para Sieyès la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente originario.

Muchas cosas han cambiado desde la teoría de Sieyès a nuestros días, y fundamentalmente la concepción de “poder absoluto” del poder constituyente; y es entendible, pues no sería justo juzgar a Sieyès con los ojos de la contemporaneidad. Entender hoy el “poder constituyente” como “absoluto” es ignorar la “globalización”, los convenios y tratados internacionales sobre derechos civiles, políticos y sociales, las convenciones interamericanas y europeas sobre Derechos Humanos, el

Derecho Penal Internacional, la Convención de La Haya y el derecho de los tratados, y en fin los límites fácticos, jurídicos y axiológicos del poder constituyente en la contemporaneidad.

A la teoría de Sieyès le sigue, en sucesión evolutiva, la Teoría Existencial, decisionista, de Carl Schmitt. El ideólogo de la Constitución de Weimar, Carl Schmitt, expresa en su libro "Teoría de la Constitución" la idea de que la Constitución, como acto del poder constituyente, es una decisión política fundamental de su titular: el pueblo⁷.

En este sentido, entonces, para el existencialismo decisionista de Schmitt y para que se produzca la constituyente es indispensable la existencia de la voluntad política fundamental del pueblo; y a los efectos, no es solo del establecimiento de la Constitución sino también de su posterior validez.

Para Schmitt, el ejercicio del poder constituyente implica la voluntad de una decisión política fundamental, porque es mediante esa voluntad que se constituye el Estado, se define su forma, se elige el modelo de gobierno, se crean los órganos para el ejercicio del poder constituido.

Uno de los aportes principales de la teoría de Schmitt es la sustentación de lo que él denomina la "decisión política fundamental"; concepción que ha superado los tiempos y sirve hoy para argumentar la legitimidad y el fundamento de la norma constitucional.

Le sigue, en el proceso de evolución histórica del Poder Constituyente, la teoría normativista o el positivismo jurídico de Hans Kelsen.

⁷ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid (España): Alianza Editorial, 1982, p. 46.

Para el representante del "Círculo de Viena" y autor de la "Teoría Pura del Derecho" y la "Teoría General del Derecho y del Estado", la Constitución es una "norma fundamental", y en tal sentido, la legitimidad y el valor normativo del derecho deviene de la existencia de esa "norma fundamental" que le da validez.

Para Kelsen:

"Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez y de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de su orden"⁸.

Kelsen niega el valor intrínseco del poder constituyente como origen de la Constitución, y parte de una pureza jurídica que crea la "norma fundamental" como origen de legitimidad para todo el ordenamiento jurídico.

Esta exposición de Kelsen es el fundamento del debate ideológico con la doctrina hermenéutica moderna, para quienes el fundamento

⁸ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires (Argentina): Editorial Universitaria, 1985, p. 135.

constitucional no radica en una pureza metodológica sino en una argumentación multidisciplinaria que le da sustento.

Le sigue el materialismo histórico de Karl Marx, Vladimir Lenin y Ferdinand Lasalle. Si bien no existe una teoría comunista del poder constituyente, el marxismo-leninismo sí se ocupa del poder constituyente originario.

Para el marxismo-leninismo, el problema del poder constituyente no es un problema de derecho sino de poder, por lo que esta corriente de pensamiento se soslaya del debate, porque no interesa al materialismo histórico, que se propuso como objeto de estudio la sustentación de los derechos del proletariado y la fundamentación ideológica de un gobierno proletario y no de los fundamentos del constitucionalismo; en este sentido, en los escritos del marxismo-leninismo o materialismo histórico, o socialismo científico, como indistintamente se le suele denominar a esta corriente de pensamiento, lo importante es la identificación de los factores económicos y su control en la estructura social y no el ejercicio del poder político mediante constituyente.

Tiene sentido, entonces, afirmar con Duverger que para los marxistas, la teoría del Estado y del poder político es un proceso evolutivo; por lo que el Estado y el poder político son, por su misma naturaleza, un conjunto de medios de dominación (policía, ejército, tribunales, cárceles, etc.) que oprimen al hombre; por ello deben ser observados desde tres fases evolutivas⁹:

1. El Estado como instrumento de dominación de clase.
2. El Estado como medio de construcción del socialismo.

⁹ DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona (España): Editorial Ariel, 1984, p. 410.

3. La extinción del Estado.

Es entendible, entonces, que no encontremos en el marxismo-leninismo una teoría sobre la evolución del poder constituyente, sino por el contrario, una antítesis o antiteoría, puesto que la tercera fase del proceso de evolución del socialismo es, precisamente, la extinción del Estado.

Aparece, en la teoría política, la teoría francesa Fundacional, Revolucionaria, de Maurice Hauriou. Según Hauriou, la reforma a la Constitución viene a ser, frecuentemente, un hecho revolucionario en la forma, y siempre es así en el fondo; y según expone, es que las primeras constituciones de los Estados modernos se establecieron en razón de crisis revolucionarias o mediante la influencia de ideas revolucionarias¹⁰.

Para Hauriou, el poder constituyente es un poder revolucionario, por la simple razón de que opera con la participación de la soberanía nacional o poder mayoritario; y es que la constituyente implica un ejercicio del derecho revolucionario, esto es, un rompimiento de la continuidad del Derecho del Estado por medio de la intervención del poder mayoritario de los miembros de la sociedad y, para Hauriou, eso es el ejercicio de un poder revolucionario¹¹.

Hauriou nos habla de una "súper legalidad constitucional", en donde están inmersos los principios fundamentales del sistema de gobierno; pero lo que es más, estos principios están por encima de la Constitución escrita; por lo que esa súper legalidad constitucional debe presentar requisitos¹²:

¹⁰ HAURIUO. Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. Madrid (España): Instituto Editorial REUS, 1984, p. 310.

¹¹ *Ibíd.*, p. 99-100.

¹² NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1991, p. 296.

1. Organización de una operación constituyente, con un poder que se encuentre por encima de los poderes gubernamentales ordinarios o constituidos y con un procedimiento especial de revisión que le otorgue a la Carta fundamental el carácter de rígido.
2. La organización de un control jurisdiccional de las leyes ordinarias. La operación constituyente es la suma del poder y del procedimiento, siendo el primero el que recibe el nombre de poder constituyente, porque es el poder fundador.

El establecimiento de las reglas de súper legalidad constitucional no es diferente, en su naturaleza, según Hauriou, de la forma en que se establecen las demás normas de derecho. Se trata de una operación de fundación que supone un poder fundador y un procedimiento de fundación; y es por eso que el poder fundador toma el nombre de poder constituyente; mientras que el procedimiento de fundación toma el nombre de procedimiento de revisión constitucional; y todo esto es así, según Hauriou, porque se supone que siempre subsistirá la misma Constitución y que solo será necesario revisarla de vez en cuando¹³.

Hauriou está de acuerdo en que el poder constituyente le pertenece a la nación; no obstante, esta no lo puede ejercer directamente, sino por los representantes que ha instituido para actuar a su nombre; así es que el poder constituyente no emana totalmente de la nación, situación esta que atribuye al hecho de que en su origen, el Estado fue constituido por un poder real¹⁴; he allí la distinción entre poder constituyente y poder constituido (o legislativo); distinción que se produce por las materias que cada uno regula, así como por la naturaleza de los poderes.

¹³ HAURIOU, Maurice. Ob. cit., p. 314.

¹⁴ *Ibid.*, p. 317.

En el escenario latinoamericano se reconoce al autor colombiano Luis Carlos Sáchica la exposición de una teoría “bolivariana”, en base a la cual se producen las independencias latinoamericanas y, por ende, un modelo de poder constituyente latinoamericano de caracteres distintos del poder constituyente europeo.

Según Sáchica, fue Simón Bolívar, el latino que con su especial liderazgo en las gestas independentistas latinoamericanas, expone y practica una nueva concepción política sobre el poder constituyente; y es que en las independencias latinoamericanas y el consecuente ejercicio del poder constituyente, las sociedades latinoamericanas se diferencian de las europeas; por lo que Sáchica toma como referencia para argumentar su teoría del modelo de poder constituyente que El Libertador diseñó para dar a Bolivia una Constitución en 1826, ideada para una realidad compleja y distinta del modelo europeo, por la concurrencia de los terratenientes criollos, los comerciantes, la burocracia y el clero¹⁵.

La teoría de Sáchica expone que cuando devienen los movimientos independentistas latinoamericanos, los pueblos aún no habían alcanzado una unidad nacional, porque entre otras razones, el proceso de mestizaje se encontraba aun en boga, imperaba una rígida estratificación social, un paternalismo absolutista e imperaba el caudillismo militar.

Estas circunstancias, en efecto, eran muy distintas a los Estados europeos ya mayormente formados desde hacía dieciséis siglos antes, por lo que los procesos constitucionales encontraron en Europa unos Estados maduros, homogenizados y estables; no obstante, el ejercicio del poder político estaba en manos de una minoría y el sistema monárquico se encontraba en pleno apogeo.

¹⁵ SÁCHICA, Luis Carlos. Esquema Para una Teoría del Poder Constituyente. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1986, p. 27.

Definitivamente que los escenarios eran diferentes, he allí la sustentación de la teoría bolivariana de Sáchica y, en consecuencia, las particularidades del poder constituyente latinoamericano.

3. El constitucionalismo de la segunda posguerra

Con el advenimiento del constitucionalismo de la segunda posguerra se denota un cambio estructural y principalmente de fortalecimiento del carácter jurisdiccional otorgado a los poderes de control constitucional; por ello, el cambio se puede advertir retrospectivamente, mediante el análisis de la constitucionalidad de textos normativos, hasta el surgimiento del constitucionalismo de la segunda posguerra, mediante las proclamas constituyentes del Estado Constitucional, Social y Democrático de derecho, primero, en la Europa Continental por Francia, Italia y Alemania y, más tarde, Portugal y España, influencias que se notan en las proclamas constituyentes de Brasil en 1988 y Colombia en 1991, que inician las transformaciones constitucionales en Latinoamérica. Nuestros países se habían limitado, mayormente, a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del texto cuya inconstitucionalidad fue demandada.

No obstante, en determinados casos de declaratorias de inconstitucionalidad o constitucionalidad, lo cierto es que no se puede dar una solución eficaz a un problema de constitucionalidad, porque los efectos de la sentencia, sea que declare constitucional o no un texto normativo, pueden resultar más nocivos, o en afectación de derechos fundamentales, hasta de lo que se intenta evitar.

Vale indicar que bajo el modelo de constitucionalismo liberal, anterior a las proclamas constitucionales de la segunda posguerra y el Estado constitucional de carácter social, no era común que en nuestros países se concibiera algún tipo de "sentencia intermedia".

En este sentido, ¿en qué consiste la modulación de las sentencias de control constitucional? La respuesta a esta pregunta nos plantea el tratar en torno a los tipos de sentencias que puede emitir un Tribunal o Corte Constitucional, una vez que se ha demandado la inconstitucionalidad de un texto normativo; pero, también, los posibles conflictos con el legislador; pero es que, en el constitucionalismo contemporáneo, el Juez Constitucional debe considerar a la “modulación de sus fallos” como una necesidad derivada de su función de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

4. Del estado soberano a la soberanía de la constitución

¿El autor se estará refiriendo, con “segunda posguerra” al período posterior a la Segunda Guerra Mundial?

Cuando luego de la segunda posguerra se hace la transición, primero, en la Europa continental y, más tarde, en América Latina, del modelo de Estado liberal de derecho al modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, ello implica una transición, también, de la idea de soberanía del Estado a la soberanía de la Constitución.

Desde una perspectiva interna, la soberanía se refería a la fortaleza y supremacía del Estado frente a los demás sujetos de derecho interno; porque con Estado soberano no podía haber relaciones jurídicas sino solo relaciones de sujeción¹⁶.

Desde la perspectiva externa, los Estados se constituían en fortalezas cerradas, protegidas bajo el principio de no injerencia, y bajo el amparo del principio de soberanía se construyó el derecho público del Estado Moderno

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Traducción de Marina Gascón; Madrid (España): Trotta, 1999, p. 10.

(Estado Liberal de Derecho), que en los siglos XIX y XX alcanzó su apogeo y declive, y que culminó bajo la idea del “Estado de fuerza”¹⁷.

Hoy, bajo la estructura del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, esa concepción de soberanía que imperó hasta mediados del siglo pasado y cuyo emblema cayó con el muro de Berlín, ya no representa la realidad política de los Estados posmodernos o contemporáneos; y es que, en efecto, con el armisticio de la Segunda Guerra Mundial se identifican fuerzas, tanto internas como externas, que desarticularon el viejo modelo de la soberanía basada en la “persona” soberana o estatal; y, siguiendo a Zagrebelsky, tenemos que hablar del pluralismo político y social interno, que confronta la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, y que a veces, operan en dimensiones independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos” que integran sus poderes de dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así de la disponibilidad de los Estados particulares; pero, además, el reconocimiento o la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales y frente a los

¹⁷ *Ibíd.*, p. 11. Y dice Zagrebelsky que desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario, abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos. La vida de esta “persona” venía regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la filosofía respecto de los cuerpos vivientes. La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas y sociales, etc., de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara. Pero desde el punto de vista jurídico, esa concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica: permitía dotar a cuantos actuaban en nombre del Estado y según su derecho, es decir, operando como sus “órganos” (de aquí la metáfora de la “persona estatal”, que aun funciona), de la misma autoridad que, por principio, era característica del propio Estado en el campo político.

Estados a los que pertenecen; en su conjunto, hacen hoy un cambio de paradigmas hacia una nueva concepción de la soberanía¹⁸.

5. Las modulaciones constitucionales

La asimilación del pluralismo en una constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un “compromiso de las posibilidades” y no un proyecto rígidamente ordenador, que pueda asumirse como un “a priori” de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Solo así podremos tener constituciones “abiertas”, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos¹⁹.

Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación, a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La política constitucional, mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva²⁰.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 14.

²⁰ Ídem.

En efecto, es a esta visión “abierta” de la Constitución, que se ha afirmado progresivamente en Europa no sin dificultad, a la que puede atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse — con arreglo a las distintas vías seguidas por cada uno de ellos y frecuentemente por cada jurisdicción constitucional nacional— a la organización de una autoridad y de una Unión Europea cuya existencia misma contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal²¹.

Lo cierto es que esa nueva tendencia de la concepción del Estado y su Constitución se asimila también en América Latina cuando se inician los procesos de reforma y modernización de los Estados latinoamericanos, iniciado con Brasil en 1989 y Colombia en 1991, y que ha implicado cambios en los modelos de interpretación constitucional.

6. La ductilidad constitucional

Para definir el carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, Zagrebelsky usa el concepto de “ductilidad”. Porque, según expone, la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración, y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir²².

Los términos a los que hay que asociar la “ductilidad constitucional” de la que habla Zagrebelsky son la coexistencia de principios y el “compromiso de posibilidades” como reacción a un ordenamiento rígido, de manera que impere una visión de Constitución abierta; constituciones que permitan,

²¹ Ídem.

²² Ídem.

dentro de los límites interpretativos, el control de la espontaneidad de la vida social como la directriz de la vida política, pero desde la soberanía constitucional.

Ahora bien, la visión de la política que está implícita en la “ductilidad constitucional” no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es, además, la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo²³.

7. El fundamento ideológico de las modulaciones constitucionales

Cuando un tribunal o corte en función de control constitucional, siguiendo la concepción de Hans Kelsen, actúa como legislador negativo y resolviendo demandas decide que la norma enjuiciada está o no ajustada a la Constitución, nos encontramos frente a una “sentencia declarativa”; pero es que hoy la función jurisdiccional de quien ejerce el control constitucional debe decidir en función de garantizar la eficacia de las normas constitucionales, y en ocasiones, es insuficiente la mera declaratoria de inconstitucionalidad o constitucionalidad de un texto normativo, por lo que se hace necesario que el Juez Constitucional rebase el papel de legislador negativo y entre a realizar “modulaciones constitucionales”.

Conocida es la posición de Hans Kelsen, de defender la existencia de un Tribunal Constitucional especializado, y que sus decisiones tuvieran efectos generales, como mecanismo indispensable para asegurar el

²³ ídem.

principio de supremacía constitucional y regular la producción del ordenamiento normativo.

El problema que desde el constitucionalismo liberal ha preocupado a la jurisdicción constitucional es que solo la existencia de un Tribunal Constitucional con específicas facultades de control de constitucionalidad sobre las leyes puede asegurar la vinculación del legislador a la Constitución, y con razón decía Kelsen que “no es pues con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar de la anulación de los actos inconstitucionales -esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional”²⁴, por eso “una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”²⁵.

Es por esa razón que Kelsen propuso que el Tribunal Constitucional debería funcionar desde la perspectiva jurídica de un “legislador negativo”, es decir, que el parlamento ejercería la función de dictar las leyes (“legislador positivo”) y la del Juez Constitucional sería la de anular aquellas que fueran contrarias a la Constitución y fueran acusadas en debida forma por quienes tuvieran la titularidad de la acción. El modelo kelseniano implicaba que el fallo sobre control de constitucionalidad de las leyes, en principio, solo debía tener efectos hacia el futuro; porque no se trataría de la declaración de nulidad de la ley sino de su anulación por quien tendría la competencia constitucional para hacerlo, en interés de la seguridad jurídica; por lo que resultaba, bajo esa perspectiva, más

²⁴ KELSEN. Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. México (D.F): Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974, p. 490.

²⁵ *Ibid.*, p. 590.

adecuado el efecto estrictamente “hacia el futuro” y a partir de la publicación de la sentencia.

En este sentido, el Tribunal debía limitarse a anular la ley sobre la cual había recaído la acusación, sin crear normas positivas, porque de lo contrario, el juez constitucional estaría invadiendo la función del parlamento o asamblea como legislador positivo.

Originalmente, el modelo kelseniano planteaba un control concentrado y con efectos “erga omnes”, lo que implicaba la creación de un tribunal con meras funciones de anulación, al cual le estaba vedado crear derecho; no obstante, más tarde se reconoce la necesidad de que la anulación tuviera efectos hacia el futuro, a partir de la publicación del fallo, a razón de que debía determinarse a partir del momento en que el fallo debía cumplirse.

Frente a este planteamiento abstracto resulta difícil aplicar el modelo kelseniano en los tiempos posmodernos y contemporáneos, de sociedades complejas y hasta Kelsen admite que su modelo, bajo ciertos supuestos, no funcionaría, porque el Tribunal pudiera decretar una vigencia temporal de la ley anulada “aunque solo fuera para dar al parlamento la posibilidad de sustituir la ley inconstitucional por una ley conforme a la Constitución, sin que la materia regulada por la ley permanezca sin regulación durante un periodo relativamente largo”²⁶; pero es que, además, en la revisión de su modelo, Kelsen entendió que por vía de excepción podría aplicarse efecto retroactivo a la sentencia de anulación bajo supuestos de categoría de cosas²⁷.

Atendiendo a la función anuladora o de “legislador negativo” del Tribunal, el mismo Kelsen refiere que es ingenuo pensar que el Tribunal no crea

²⁶ *Ibíd.*, 149.

²⁷ *Ibíd.*, 125.

derecho, en el sentido de que no modifica el ordenamiento, porque al retirar del sistema jurídico la ley acusada, es obvio que modifica el sistema y dice que “anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con un signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa...”²⁸.

Es atendiendo a los efectos creadores de la función anuladora del Tribunal Constitucional que Kelsen se declara partidario de conferirle al Tribunal la facultad de diferir los efectos de la decisión de inconstitucionalidad o que se le permita restablecer y determinar cuál es la normativa en vigor que reemplaza a la ley anulada.

Pese a esas consideraciones, Kelsen prefiere distinguir entre la “elaboración de la Ley”, como función del parlamento, y su “simple anulación” como función del Tribunal Constitucional; y es que, para Kelsen, la primera es una libre creación del parlamento, en tanto que “la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución”²⁹.

Las consideraciones del propio Kelsen, revisando su modelo concentrado, en el texto de “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, es un ensayo referente para estudiar lo que hoy la justicia constitucional denomina “fallos intermedios” entre simple constitucionalidad o inconstitucionalidad, que permitieran adaptar la Constitución a la realidad social y política sobre la cual debía caer el efecto de la sentencia. De allí que ahora se hable de la “modulación de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad” y tengamos que hacer referencia a la experiencia

²⁸ *Ibid.*, p. 491.

²⁹ *Ibid.*, p. 492.

jurisprudencial de países como Italia, Alemania y España, en donde la misma práctica ha obligado a los tribunales y Cortes Constitucionales a modular los efectos de sus fallos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, a efectos de entender las “modulaciones constitucionales” como efecto de las sentencias que se dictan sobre control de constitucionalidad, hay que advertir que en el escenario de la interpretación constitucional que realiza el Juez Constitucional se debe distinguir entre texto y norma, a fin de realizar una correcta interpretación constitucional.

Vale anotar, entonces, que el texto hace parte del componente interpretativo, pero que se distingue de las normas o proposiciones jurídicas que se desprenden, en efecto, por vía interpretativa de los textos.

Con razón decía Kelsen que “si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esa actividad no puede ser otro que la determinación del marco constitutivo de la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo”³⁰.

En este sentido, el texto es el enunciado o marco normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación, mientras que las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado del proceso interpretativo.

Debemos entender, entonces, que un texto puede tener diversas normas o proposiciones normativas; pero también una norma o proposición normativa puede estar contenida en diversos textos; ello implica ya que la

³⁰ KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Buenos Aires (Argentina): Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987, p. 166.

relación entre texto y la norma no expone, necesariamente, un carácter unívoco, sino que debe responder al marco constitutivo de la norma.

Distinguir entre texto y norma es lo que permite justificar y legitimar los tipos de modulaciones o sentencias intermedias; porque el control de constitucionalidad recae, por lo general, en las normas que derivan vía interpretación de los textos y no necesariamente de los textos mismos.

La modulación constitucional, entonces, es la actividad por la que mediante la interpretación, el juez constitucional hace la adecuación constitucional a la realidad de la vida jurídica que pretende resolver; y es que en ocasiones, por la situación que se lleva a su decisión, se ve precisado a decidir sobre situaciones excepcionales; pero al tratarse, precisamente, de situaciones excepcionales, la simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad daría lugar a resultados contrarios al ideal de control efectivo de la constitucionalidad; de allí que la modulación que se produce, primordialmente, en el campo del control de constitucionalidad de las leyes, la cual lleva a decisiones distintas a la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ocupando, por lo tanto, un lugar intermedio entre estos dos modelos tradicionales de decisión.

8. Tipos de sentencias modulares (o intermedias)

En la doctrina podemos encontrar una variedad de clasificaciones en torno a los tipos de sentencias modulares o intermedias, y así podemos identificarlas:

- De acuerdo a la modulación sobre el contenido o sus efectos.
- En la relación establecida entre el texto legal confrontado y la Constitución.

- En base a las relaciones entre el juez constitucional y el legislador.

Por vía de jurisprudencia también se ha trabajado sobre clasificaciones. Es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, que ha establecido diversos tipos de sentencias y ha sostenido que desde del contenido de la decisión, las sentencias “condicionadas” pueden ser:

- Interpretativas.
- Integradoras.
- Sustitutivas.

Desde el punto de vista de sus efectos temporales:

- Retroactivas.
- Diferidas.
- Inmediatas.

No obstante, para poder hacer una referencia clasificatoria, en este ensayo jurídico constitucional, y con fines didácticos, queremos describir modulaciones constitucionales más importantes y comunes bajo un enunciado de tipos de sentencias intermedias, que son:

1. Sentencias interpretativas

Son sentencias interpretativas, a las que también se les denomina de interpretación conforme a la Constitución, aquellas que se fundamentan en la distinción que introdujera la jurisprudencia italiana, distinguiendo entre texto y norma a que hemos hecho referencia con anterioridad; en

este sentido, es la sentencia que deriva del texto vía interpretación constitucional.

La interpretación conforme a la Constitución constituye un principio mediante el cual se emite este tipo de sentencias que, en esencia, por vía de interpretación, evitan declarar la inconstitucionalidad de uno o varios textos legales impugnados, mientras pueden tener, dentro del marco normativo de la Constitución, una interpretación armonizable con el texto constitucional, siempre y cuando se puedan descartar todas las demás hipótesis interpretativas (normas) como contrarias a la Constitución.

Bajo este tipo de sentencias de interpretación conforme a la Constitución, lo que el juez constitucional debe procurar es respetar, hasta donde sea posible, el principio de presunción de constitucionalidad de las normas.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia número C-545/92, emitida por la Corte Constitucional colombiana, cuando se demandaron los artículos 8 y 16 de la Ley 38, que establecían la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación. La pretensión de los demandantes era que tales normas desconocían los preceptos constitucionales de la Carta Fundamental de 1991, que garantizan el pago oportuno de las pensiones y prohíben a la ley menoscabar los derechos de los trabajadores.

En esta sentencia de la Corte Constitucional colombiana, el análisis giró en torno a temas tales como:

- Inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación;
- Efectividad de los Derechos Constitucionales;
- Derecho al trabajo;

- Derecho al pago oportuno de las pensiones legales;
- Garantía de los derechos adquiridos;
- Derechos de la tercera edad;
- Derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional colombiana, en este caso, acogió la demanda, en atención a que la referida Ley 38 comprometía derechos fundamentales de los trabajadores, considerando inconstitucional que el presupuesto sea inembargable frente a créditos laborales, y sin embargo, considerando que el principio de inembargabilidad del presupuesto es también una garantía que es necesario preservar.

La Corte entró a interpretar, por ejemplo, el caso específico de los pensionados, e interpretó que la situación descrita comprometía adicionalmente la efectividad de otros derechos que merecían ser igualmente considerados. Entre ellos, los relativos al pago oportuno de las pensiones legales, a la protección especial de la tercera edad, así como los resultantes de los pactos y convenios ratificados por Colombia.

Derecho al pago de las pensiones:

El pago de las pensiones, como todo pago de orden laboral, se funda en la idea de retribución por el trabajo de que tratan los artículos 25 y 53 de la Constitución.

La inembargabilidad absoluta de los recursos del Presupuesto General de la Nación afecta particularmente el derecho que tienen las personas al pago de las pensiones legales.

En este sentido, revisó que el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución establece:

"El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales" (subrayado nuestro).

Y en el inciso final del propio artículo 53, agrega:

"La Ley... no puede menoscabar... los derechos de los trabajadores"

Incluso, entendió la Corte, que los decretos con fuerza de ley dictados en los estados de excepción constitucional tampoco pueden menoscabar dichos derechos, de conformidad con el artículo 241.2 de la Carta; y uno de tales derechos, de orden constitucional -que es norma de normas, según el artículo 4º-, es precisamente el derecho al pago oportuno de las pensiones. En esas condiciones, es claro entonces que la ley que viole este derecho adolece de vicio de inconstitucionalidad.

Es así que la Corte declara constitucional la inembargabilidad presupuestal, salvo en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones en dinero a cargo del Estado, surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la Nación, caso en el cual este será embargable.

Del ejemplo tenemos que las sentencias interpretativas buscan mantener y conservar la obra legislativa hasta donde ello sea posible, sin eliminarla del ordenamiento jurídico, mientras exista una interpretación de dicha norma que sea compatible con la Constitución.

2. Sentencias aditivas o integradoras

Las sentencias aditivas o integradoras son referentes en torno a revisar la ilegitimidad constitucional por la omisión de alguna previsión que el legislador debió haber incluido en su obra legislativa, para que la ley o norma fuera conforme a la Constitución.

Mediante la sentencia aditiva o integradora, el Juez Constitucional no anula la disposición acusada, sino que le adiciona o le integra un contenido que la hace constitucional, como vía de complementar la voluntad legislativa. Es así, entonces, que a la norma o ley acusada de inconstitucional, por vía de jurisprudencia y a manera de complemento, se le incorpora un elemento nuevo (al enunciado normativo, especialmente), ampliando la norma mediante la adición de un supuesto de hecho no contemplado, inicialmente, por el legislador.

Ahora bien, la justificación ideológica de una sentencia aditiva o integradora no es legitimar una norma anulable, en el contexto de los parámetros tradicionales sino identificar la omisión legislativa y complementarla conforme a la voluntad legislativa; y es que si bien la regulación, dictada por el legislador es inconstitucional, la inconstitucionalidad no se produce en función de lo que expresamente ordena el legislador sino debido a que su regulación legislativa es insuficiente, a razón de que el legislador no previó determinados aspectos; y, en efecto, el supuesto o los supuestos omitidos eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución, y que al no haberse hecho, el Juez Constitucional, entonces, hace el complemento.

El sustento de las sentencias aditivas o integradoras radica en el valor normativo de la Constitución, en la integración de los principios y

derechos consagrados en la Constitución y en la autoridad o función jurisdiccional del Tribunal o Corte Constitucional.

Vale traer a cita, del derecho comparado, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, de 1 de diciembre de 2003, en la que se expone que:

"los silencios constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efecto de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. 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".

Bajo la misma orientación, en derecho comparado, podemos hacer referencia a la Corte Constitucional colombiana, y a propósito de la sentencia C-690 de 1996, estudia la normativa de una ley tributaria que imponía severas sanciones económicas a quienes no presentaran las declaraciones de renta en los lugares y momentos determinados por la administración tributaria³¹.

El demandante consideró que la norma imponía una responsabilidad objetiva, que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito. La Corte consideró que es contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que

³¹ SALAS PARRA, Nicolás. Importancia de la Modulación de Sentencias de Control Constitucional. En Revista Judicial Derecho Ecuador.com; 2009, p. 1.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (Fecha de recuperación: 31 de agosto de 2016).

se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas acusadas, pero en el entendido que las autoridades administrativas y judiciales deben "permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor".

Vale destacar que, en efecto, las sentencias aditivas o integradoras son concurrentes en el supuesto de omisión relativa de carácter inconstitucional, por violación del principio de igualdad o no discriminación arbitraria; al presentarse el reclamo de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional, esa omisión inconstitucional obliga al Juez constitucional a revisar los fundamentos de la constitucionalidad y realizar dos operaciones jurídicas, que pueden ser, primero, eliminar la norma del texto que excluye arbitrariamente a cierto grupo de personas de determinada regulación jurídica, pero además, debe hacer una reconstrucción para hacer posible la inclusión, en la hipótesis normativa, del grupo arbitrariamente excluido, extendiendo a este los beneficios de la norma, y restableciendo el principio de igualdad³².

3. Sentencias sustitutivas

Las sentencias sustitutivas se aplican en los casos en que el Juez Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación de carácter específico que tiene apoyo constitucional directo.

³² Ídem.

Tomando del derecho comparado jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, podemos citar la sentencia número C-113, de 1993, que puso a la Corte a estudiar el estatuto que regula los juicios ante la propia Corte Constitucional, y declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. En este sentido, la Corte, emitiendo una sentencia sustitutiva, además de declarar inconstitucional el artículo referido, en atención a que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, estableció, además, que conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos³³.

En definitiva, se trata de una modalidad de sentencias que, en la práctica del control constitucional de leyes, llenan un vacío normativo; pero que se sustenta en la eficacia del orden normativo de la constitución.

4. Sentencias exhortativas

Las sentencias exhortativas establecen recomendaciones o conminaciones al órgano legislativo, invocándolo a legislar sobre determinadas materias y bajo determinadas orientaciones o principios, de manera que la tarea legislativa se conforme al marco constitucional.

La modulación exhortativa de la sentencia, en este sentido, puede variar desde una sugerencia al legislador hasta la imposición de fórmulas coactivas en la estructuración de la norma o ley; en efecto, mediante una sentencia exhortativa, se llama al legislador a desarrollar un mandato expreso o un llamado a regulación establecido en la Constitución.

³³ SALAS PARRA, Nicolás. Ob cit., p. 1.

- Ahora bien, un elemento que hay que atender en las sentencias exhortativas es que limitan la libertad de configuración que desarrolla el legislador, porque se advierte la existencia de un factor o estándar de situación jurídica que si bien al momento de la emisión de la sentencia exhortativa no declara una inconstitucionalidad, implica que el legislador debe actuar diligentemente, para superar el eventual estado de inconstitucionalidad.

Las sentencias exhortativas, en los actuales tiempos posmodernos o contemporáneos, resultan instrumento útil para orientar la tarea legislativa frente al desarrollo o evolución científico o técnico, que exige del legislador una adecuación a nuevas realidades que devienen de los constantes procesos de modernización, tanto en el orden internacional como en el orden nacional.

Es el caso, por ejemplo, de legislar sobre la libertad y seguridad personal, en torno a lo cual la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha establecido un estándar mínimo de protección, y ya desde el caso *Gangaram Panday vs Surinam* (1994), la Corte Interamericana elaboró una doctrina jurisprudencial en torno a la configuración de privación de la libertad personal; y se advierte que en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs Ecuador* (2007), la Corte amplió los criterios ya establecidos en *Gangaram Panday* y realizó un análisis minucioso y diferenciado de cada numeral del artículo 7 de la Convención. En concreto, en cuanto al artículo 7.2, la Corte determinó que:

Reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal³⁴.

³⁴ Caso *Chaparro Álvarez*, párr. 56; también, en concordancia el caso *Yvón Neptune*, párr. 96.

En párrafo seguido de su sentencia, la Corte se preocupa por dejar establecido qué entiende por "reserva de Ley", y dice que.

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana³⁵.

Luego, si la Corte ha establecido que el artículo 7.2 de la Convención reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física; y que solo conforme a la "reserva de la ley" puede afectarse el derecho a la libertad personal, entonces pasa a establecer que:

La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de (las víctimas) se realizaron conforme a la legislación³⁶.

Ahora bien, cuando la Corte deja por sentado que la función que le impone el artículo 7.2 de la Convención, consistente en verificar que las detenciones de las víctimas se realice conforme a la legislación interna del Estado Parte y, claro, siempre que no sea inconvencional, ello, en efecto, implica la determinación de ¿qué entiende la Corte por "ley" (legislación) interna?; y se explica que para la determinación del concepto de "ley", la

³⁵ Caso Chaparro Álvarez, párr. 57; también en concordancia caso Yvón Neptune, párr. 96; y caso Bayarri, párr. 54.

³⁶ Caso Chaparro Álvarez, párr. 58; y también Yvón Neptune, párr. 96.

Corte se remita a lo que anteriormente ha fijado en la Opinión Consultiva 6/86, esto es, que "ley" es:

(una) norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes³⁷.

Por otra parte, en materia de protección de los derechos humanos hay, en efecto, una limitación a la libertad de configuración que tienen el legislador nacional y que frente a legislar en torno a mecanismos que confronten el derecho fundamental y humano a la libertad y seguridad personal, hoy se impone, incluso, la "inconstitucionalidad por omisión legislativa", cuando el órgano legislativo legisla por debajo del estándar mínimo establecido en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

En derecho Comparado vale traer a cita, también, la sentencia del 5 de abril de 1988, emitida por el Tribunal Constitucional chileno, en la cual analiza el control preventivo de constitucionalidad, la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, donde constató la existencia de importantes vacíos en dicha normativa legal. Al efecto, el Tribunal Constitucional señaló:

"... algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados, lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se

³⁷ La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, N° 6, párr. 38.

produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental".

El Tribunal Constitucional, en su fallo, determinó: "Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia"³⁸.

Mediante las sentencias exhortativas se puede advertir al legislador sobre deficiencias del ordenamiento jurídico para que sean corregidas, pero también son útiles para dar al legislador la oportunidad de corregir omisiones, vicios, vacíos normativos, de tal manera que el legislador pueda cumplir el ejercicio de la tarea legislativa bajo orientaciones en aquellos temas sensibles de la constitucionalidad y hasta bajo advertencias de supuestos inconstitucionales.

5. Sentencias prospectivas

En la última o la más reciente denominación de modulaciones constitucionales aparecen las "sentencias prospectivas"; y bajo esta denominación se quiere definir aquellas sentencias que modulan sus propios efectos en el tiempo.

Los efectos de la sentencia pueden dividirse en efectos en el tiempo, personales, materiales y económicos.

³⁸ SALAS PARRA, Nicolás. Ob. cit., p. 1.

Las sentencias en que se declara la inconstitucional de la ley con efectos "erga omnes", son sentencias constitutivas, por las cuales la ley desaparece para el futuro, como si hubiera sido derogada.

Para Kelsen, la anulación de una ley por sentencia tiene el mismo carácter que una ley que abroga a otra ley. Es un acto de legislación negativa, pues la Constitución le concede al Tribunal Constitucional una función legislativa que en principio estaba reservada al Parlamento. Por tal razón, los miembros del Tribunal Constitucional, a diferencia de los otros jueces que son nombrados por la administración, son elegidos por el Parlamento. Con este tipo de elección se le piensa dar independencia al Tribunal Constitucional, principalmente con relación a la administración, la cual dicta normas jurídicas y reglamentos con los mismos efectos legales de las leyes, y por lo tanto, con una fuerza de gran trascendencia política, sujeta al control constitucional del Tribunal. Por el mal uso de ese poder, la administración podría fácilmente suprimir al parlamento y así eliminar la base democrática del Estado. Una prueba de tal afirmación fue la utilización abusiva del art. 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al gobierno a promulgar reglamentos y que fue el camino a través del cual fue destruido el carácter democrático de la República de Alemania y preparado el camino para el ascenso del nacionalsocialismo al poder³⁹.

En el sistema difuso tradicional, la sentencia de inconstitucionalidad es declarativa de la nulidad absoluta con efectos retroactivos, salvo sobre aquellos casos de situaciones dignas de protección⁴⁰.

³⁹ KELSEN. "La Garantía...", ob. cit., N° 9, p. 84.

⁴⁰ ESCOBAR FORNOS, Iván. "Derecho Procesal Constitucional". Managua (Nicaragua): Edición Hispamer, 1999, p. 131.

Comenta Escobar que para evitar graves daños a la seguridad jurídica, la paz social y la justicia, se suaviza la retroactividad de la sentencia, excluyendo de sus efectos las situaciones siguientes: las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada material; los derechos adquiridos de buena fe por la ley anulada; las relaciones jurídicas extinguidas por prescripción o caducidad; los hechos consumados material o técnicamente irreversibles. Tales límites se agrupan en la denominada teoría de las relaciones extrajudiciales⁴¹.

Para Kelsen, es difícil justificar la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, entre otras razones, por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo y porque la decisión recae sobre un acto del legislador que también interpreta la Constitución, la cual tiene que ser respetada mientras no se declare su inconstitucionalidad. Se discute si la decisión de la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de la ley tiene efecto de nulidad *ab initio* y, como consecuencia, esta nulidad afecte a toda la ley con efecto retroactivo, de manera que todos los efectos que antes tuvo la ley son abolidos⁴².

Mediante la emisión de una sentencia prospectiva se busca la solución considerada más justa para determinar los efectos en el tiempo de la sentencia que declara una inconstitucionalidad; y, a tal efecto, la propia sentencia entra a determinar la fecha, en específico, desde la que ella producirá efectos.

Este tipo de sentencia, al determinar sus efectos en el tiempo, puede modular desde suspensión de efectos hasta el momento específico de producir sus efectos; y de esta manera se puede permitir que el legislador pueda actuar antes de que la sentencia produzca sus efectos y, en tal

SALAS PARRA, Nicolás.

previsión, adecuar el ordenamiento jurídico advertido de inconstitucional, entonces, al texto de la Constitución; y de esta manera se proyecta en la misma sentencia que sus efectos no son *ex nunc* sino *ex tunc* (pro futuro), evitando los efectos más dañinos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico⁴³.

Valiéndonos del derecho comparado, vale citar la sentencia C-221 de 1997 emitida por la Corte Constitucional colombiana, en la que justificó las sentencias prospectivas que dicta esa corporación, señalando:

“la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma, pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”.

Por otro lado, las “sentencias prospectivas” parecen tener su génesis axiológico en la valoración que hacen los Tribunales y Cortes constitucionales de no querer crear, a través de la “sentencia estimativa” de inconstitucionalidad, un grave vacío normativo, junto a la realidad de no poder emitir una sentencia aditiva, ya que no existe una única regla que pueda deducirse de la Constitución, por lo que la solución de la materia queda entregada a la función legislativa, la que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posible⁴⁴.

Las sentencias prospectivas deben evaluar beneficios y perjuicios en torno a sus efectos; deben ponderar los perjuicios mayores que puede producir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad con efectos inmediatos,

⁴⁴ Ídem.

porque esto puede producir un mal mayor que el que se busca evitar; y esta es la razón por la que se concede un plazo razonable al legislador para que legisle en función de configurar el ordenamiento jurídico en conformidad con la Constitución, superando los vicios actualmente existentes, dando así plena eficacia normativa a la Constitución.

Conclusión

La idea de “poder constituyente” creado originalmente por Emanuel Sieyès, en los albores de la Revolución Francesa fue, definitivamente, el fundamento ideológico del constitucionalismo francés y de los revolucionarios de 1789, y en ese ideario revolucionario se fijaron los roles del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

Esta fue la génesis del Estado Liberal de Derecho y aun cuando en su evolución se produjeron transformaciones del Estado, y por ende, en el modelo de administración de justicia, cuando Hans Kelsen le da forma a su modelo de control constitucional de las leyes, lo hizo en función del Estado Liberal de Derecho; es por ello que para el análisis del control de constitucionalidad hoy debemos distinguir entre el control constitucional bajo el modelo del Estado Liberal de Derecho y el control de constitucionalidad bajo el modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, este último surgido luego del armisticio de la Segunda Guerra Mundial; y es solo bajo este escenario de cambios de paradigmas que podemos entender el fenómeno de la modulación de las sentencias de control constitucional de las leyes.

Ya está superado el debate en torno a la legitimidad constitucional de las modulaciones constitucionales; no obstante, lo que hoy se debate son sus límites.

Es por eso que en el presente trabajo hayamos expuesto cinco tipos de modulaciones constitucionales: Sentencias Interpretativas, Sentencias aditivas o integradoras, Sentencias sustitutivas, Sentencias exhortativas, Sentencias prospectivas; y es que su identificación nos ha permitido exponer sus contenidos y sus límites.

Bibliografía

DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona (España): Editorial Ariel, 1984.

ESCOBAR FORNOS, Iván. Derecho Procesal Constitucional. Managua (Nicaragua): Edición Hispamer, 1999.

HAURIOU. Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. Madrid (España): Instituto Editorial REUS, 1984.

KELSEN. Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. México (D.F): Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1974.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. Buenos Aires (Argentina): Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1991.

SÁCHICA, Luis Carlos. Esquema para una Teoría del Poder Constituyente. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, 1986.

SALAS PARRA, Nicolás. Importancia de la Modulación de Sentencias de Control Constitucional. En Revista Judicial Derecho Ecuador.com; 2009, p. 1.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (Fecha de recuperación: 31 de agosto de 2016).

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Constituyente. En la Enciclopedia Jurídica Omeba; Buenos Aires (Argentina): Editorial Driskill, Tomo IV, 1984.

SIEYÈS, Emmanuel. ¿Qué es el Tercer Estado? Trad. De Marta Llorente Sariñena y Lidia Vásquez Jiménez; Madrid (España): Alianza Editorial, 2008.

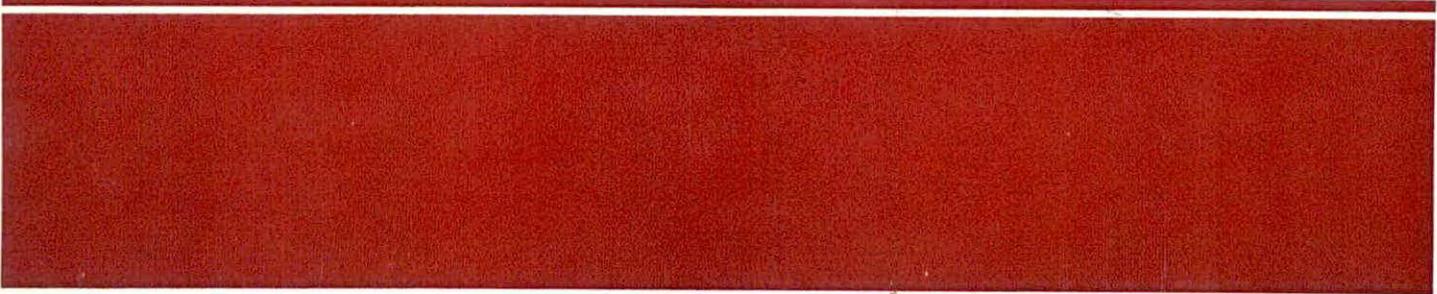
SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid (España): Alianza Editorial, 1982.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Traducción de Marina Gascón; Madrid (España): Trotta, 1999.



**EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL:
EXTENSIÓN Y LÍMITES**

Domingo García Belaunde



El precedente constitucional: extensión y límites(*)

Domingo García Belaunde

SUMARIO: 1. El precedente como concepto. 2. Las familias jurídicas. 3. El "common law". 4. El "common law" en los Estados Unidos. 5. Su irradiación en el resto de nuestra América. 6. Súmula vinculante en el Brasil 7. ¿Creación del derecho? 8. La creación de precedentes. 9. Precedente constitucional y creación del Derecho. 10. Un desliz semántico: la "autonomía procesal" en la experiencia peruana. 11. Algunas consideraciones finales 12. Bibliografía.

1. El precedente como concepto

Como tantas palabras en el idioma castellano, la de "precedente" puede significar muchas cosas. En sentido general, es algo que "antecede en el tiempo y en el espacio a otra cosa o persona que se toma como referencia" o "precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos", según como lo definen algunos diccionarios cuyas definiciones transcribimos. Y esto tiene una aplicación de orden general.

Así, en materia de protocolos diplomáticos u oficiales, alguien siempre precede a alguien, o sea, va delante de él, con lo cual se entiende que hay un cierto orden o prelación. Se ve también en los actos litúrgicos; en el ordenamiento de las instituciones (por ejemplo, en las Fuerzas Armadas). Lo mismo puede decirse desde el punto de vista cronológico, cuando denota que por antigüedad o edad alguien va delante de otra o que cierta obra o idea antecede a otras. Sin embargo, en el aspecto jurídico, esto tiene una fisonomía específica y tiende a concentrarse en el aspecto judicial, o sea, dentro de lo que comúnmente se llama administración de justicia, impartición de justicia o servicio de justicia. Aquí es donde el concepto de "precedente" tiene un mayor valor y adquiere una

connotación especial que, por cierto, tiene muchas aristas y en donde existe abundante doctrina que no es pacífica. Pero este tópico es propio de un sistema jurídico determinado, como veremos más adelante, al tratar de las familias jurídicas. Y desde donde se expandió lentamente a otros países del orbe desde el siglo XIX.

Adelantemos que en el mundo del "common law" lo que se usa simplemente es la palabra "precedente" a secas, y como consecuencia del principio de "stare decisis", que está referido a lo que hacen los jueces al resolver casos sometidos a su despacho y por el cual toman en consideración la jurisprudencia existente con anterioridad. Esto quiere decir que el precedente se aplica a todo el universo jurídico, y así se le llama. Cuando, por el contrario, se centra en un área determinada como la que aquí nos interesa, entonces se habla de "precedente constitucional", o sea, que afecta al mundo constitucional, pues hay otro mundo de precedentes vinculados a las áreas civil, penal, mercantil, etc.

Por el contrario, en la América Latina en un principio se pensó básicamente en el precedente constitucional, por su importancia, si bien hoy se encuentra en otras ramas del Derecho. Y este traslado de una institución perteneciente a una tradición jurídica a otra, es lo que se conoce como "fenómeno de la recepción", que por lo general crea problemas de acomodamiento, de inserción y además, cierto tipo de resistencias, mayores en el mundo constitucional que, por ejemplo en el mundo comercial, en donde figuras norteamericanas como el "leasing" se han acomodado perfectamente y con éxito en el mundo de los negocios.

Esto, como se comprenderá, ha motivado que no sean pocos los que cuestionen esta "copia" o "trasplante" de una institución de un sistema a otro, con multitud de razones que aquí no vamos a analizar. Pero al margen de lo que estas críticas signifiquen, es obvio que el "precedente" se ha instalado entre nosotros y así hay que considerarlo, pues no nos

abandonará. El problema es otro: cómo debe ser, que configuración le damos y cómo debe aplicarse.

2. Las familias jurídicas

Para mejor ubicarnos, tengamos presente que, así como hay lenguas, culturas y religiones esparcidas en todo el mundo, existen distintos sistemas jurídicos que han sido materia de estudio de los comparatistas y que hay que tener presente. Así, podemos tomar como referencia la obra del gran comparatista francés René David (cf. *Les grands systèmes de droit contemporains*, L.G.L.J, París 1969; hay traducción castellana) que distingue cuatro "familias" jurídicas:

a) Familia romano—germánica: Es la que se ha formado sobre la base del Derecho Romano en el llamado "corpus iuris civile". Es también conocido como sistema romano—civilista. En el mundo anglosajón se conoce como "civil law system" a todos aquellos que proceden de Roma. René David señala que agrega el calificativo de "germano" en homenaje al esfuerzo desplegado por las universidades y los profesores alemanes -sobre todo en el siglo XIX- en el estudio, sistematización y difusión del Derecho Romano; por eso prefiere la expresión "romano—germánica" que, "brevitatis causa", puede denominarse simplemente como "derecho" o "familia romanista".

b) Familia del "common law", que se origina en la Inglaterra del siglo XIII y que se cristaliza a través de un largo y lento proceso. El "common law" junto con los derechos romanistas, son las dos familias -o, si se quiere, "tradiciones"- que imperan actualmente en el mundo occidental, con las modificaciones y transformaciones que el tiempo y las circunstancias han puesto en cada lugar. Partiendo de Inglaterra, se encuentra en países que fueron antiguas colonias, como es el caso de los Estados Unidos, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, etc.

c) Familia de los derechos socialistas, inspirados en la filosofía marxista y que han surgido en oposición radical a los derechos occidentales. Aparece primero en Rusia, a raíz de la revolución comunista de 1917 y luego se expande lentamente con diversos matices, a otros países del entorno (las llamadas Democracias Populares, Yugoslavia, China, etc.). Tras la caída de la URSS en 1991, ha quedado enormemente limitada y de aplicación prácticamente reducida a la actual China, que por lo demás en lo económico practica una economía de mercado que ha virado cada vez más hacia el capitalismo. Y en lo que América se refiere, el caso peculiar de Cuba, que ha emprendido un viaje de retorno aún lento y no precisado.

d) Derechos religiosos y tradicionales: Son aquellos basados fundamentalmente en sistemas filosóficos y religiosos de antigua data. Pueden mencionarse especialmente el Derecho musulmán, el Derecho hindú, el Derecho judío, el Derecho japonés, etc. Este tipo de Derecho es lo que predomina en el Oriente y mantiene —sobre todo en determinados países— una sorprendente actualidad que alcanza incluso al mundo político.

La clasificación anterior no desdice la diversa multiplicidad que existe al interior de cada una de dichas “familias”, ni tampoco la especificidad y carácter nacional que pueden tener muchas de ellas. Incluso las mutuas influencias recibidas. El Derecho latinoamericano es ubicado, como es fácilmente comprensible, dentro de la familia romano—germánica o romano—civilista. O simplemente “romanista”, como usaremos aquí.

Acotemos finalmente que René David modificó en posteriores ediciones de su obra esta clasificación cuatripartita, incluyendo otras modalidades en relación sobre todo con el Oriente, pero reafirma su

punto de vista de que las principales familias jurídicas del mundo actual son, sin lugar a dudas, el *common law* y la romanista.

3. El “*common law*”

Nace, como ya se ha dicho, en Inglaterra, lo que hoy conocemos como Reino Unido, que incluye Inglaterra propiamente dicha, Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Este lugar, apartado del continente europeo ha tenido una historia muy accidentada y peculiar, pasando de mano en mano, de acuerdo a las invasiones y sucesivas ocupaciones (desde los celtas, la ocupación romana, hasta las últimas expediciones germánicas y nórdicas). Pero el punto de quiebre lo constituye el año 1066, con la llamada invasión normanda que encabeza Guillermo el Conquistador y que marcará un antes y un después. La organización del país empieza entonces, en forma lenta pero segura, y ya no se detendrá. Incluso será una monarquía con una vida agitada y voluble, pero sin interrupciones, salvo el período de liderazgo de Oliver Cromwell (1649-1658). Es en esa época, principios del siglo XIII, en que se empieza a armar lentamente la estructura judicial –o sea, el sistema de justicia– que conlleva, a la larga, cierta uniformidad de las normas y de su aplicación. De esta suerte, el Rey enviaba jueces itinerantes para resolver los conflictos que se daban a lo largo del territorio y que periódicamente se reunían en Westminster, para intercambiar experiencias y acordar puntos de vista comunes para crear un modelo estándar en el país y que no tuvo en cuenta el Derecho romano –que había cesado de aplicarse siglos atrás y parcialmente– sino las costumbres y usos de los pobladores que antes habían estado sometidos a los pueblos más disímiles, con cierto predominio germánico. Se trata de un derecho práctico, no teórico, que se formula y ordena con la idea de que sea el derecho común de la isla, y por eso su nombre de “*common law*”. Es hecho por jueces y no son leyes, sino casos que se acumulan con el tiempo. Ya a fines del siglo XV es una

tendencia generalizada, con lo cual el cuerpo de casos tiende a ser orientador y a ser considerado el “derecho de la tierra”. Esto no impide, por cierto, que el Parlamento sancione leyes, pero son todavía muy pocas, y llegado el caso, no pueden ir contra el “common law” (este es, como se sabe, el principio sostenido por el juez Coke en el célebre caso Bonham, de 1610).

Surge así la teoría del *stare decisis*, o sea, atenerse a lo resuelto, que en terminología cotidiana es lo que constituye el precedente: la norma previa que debe ser seguida si las situaciones son similares. Al principio, los precedentes eran persuasivos, algo así como recomendaciones en aras de crear una igualdad de trato y de uniformar criterios jurídicos, creando cierta predictibilidad en casos futuros, reforzando la seguridad jurídica. Luego vino su carácter más vinculante entre los siglos XVI-XVIII: el gran teórico es el jurista Blackstone, que en su día sistematiza todo el derecho inglés y que además tendrá una gran influencia en las colonias de América. Y finalmente, su carácter obligatorio a mediados del siglo XIX, cuando en paralelo empieza a aumentar la legislación.

Los precedentes trajeron muchos problemas que fueron materia de debate. Lo primero era si eran obligatorios o solamente persuasivos. La doctrina distinguió entre precedentes obligatorios, cuasi-obligatorios, declarativos y persuasivos. Y también el nivel, o sea, si era vertical -de arriba hacia abajo- u horizontal. O si eran “declarativos” de algo que ya existía, o meramente “constitutivos”.

El siglo XX ve precisarse mucho más este debate. Incluso hay problemas no resueltos. Y si bien con excepciones, al final se llega a la conclusión de que solo lo dispuesto por el más alto tribunal era obligatorio, o sea, la Cámara de los Lores, a través de su Comité Judicial compuesto por doce lores, llamados “Law Lords”. Hoy existe, desde 2005 y en funciones desde

2009, la Corte Suprema del Reino Unido, que ha consistido en un simple traslado de los "Law Lords" a un ente independiente y que fue creado para ofrecer una percepción de independencia en el máximo tribunal, pues la separación de poderes nunca ha existido en Inglaterra (ficción, como se sabe, creada por Montesquieu). Los tribunales ingleses son un cuerpo aparte e independiente y con una estructura muy compleja, fruto de la evolución política del país, pero a la nueva Corte Suprema van muy pocos casos: casi todos se resuelven en los tribunales inferiores. Lo importante es que solo el tribunal más alto de la organización puede apartarse de sus precedentes, si bien la elasticidad del precedente es algo relativo.

Hay que tener en cuenta que se ha distinguido desde un primer momento la "ratio decidendi" -o "holding"- que es el argumento o argumentos centrales de una decisión y que, en puridad, son el precedente- del "obiter dicta", consideraciones colaterales del tribunal que no tienen mayor importancia (si bien podrían servir en el futuro para nuevos pronunciamientos judiciales, al igual que los votos singulares).

Finalmente, señalar que los precedentes no modifican las leyes -muchas veces se crean a partir de estas pero las leyes pueden modificar precedentes.

4. El "common law" en los Estados Unidos

Curiosamente, en los Estados Unidos se empieza a utilizar el precedente solo a partir de la independencia, o sea, desde fines del siglo XVIII y por tanto, va a ser más flexible que en el Reino Unido.

Algunas características que podemos observar son las siguientes:

a) El seguimiento de un precedente no significa que sea obligatorio, pues es modificable si se considera erróneo o injusto.

b) Se presta atención al desarrollo político y social de la nación, lo que ha permitido incluso que cambien criterios jurisprudenciales con motivos de hechos tales como la Guerra de Secesión (1861-1865) y que inciden en los derechos civiles.

c) Los que lo cambian son por lo general los altos tribunales: las cortes supremas de los estados o de las que hacen sus veces. Siendo un país federal, no es de extrañar que se utilicen precedentes de cortes de otros estados, pues los de la Corte Suprema federal con sede en Washington son relativamente escasos, si bien muy importantes (el último y de gran repercusión es el referido al matrimonio homosexual de junio de 2015: *J. Obergefell vs. Hudge*s).

d) Los cambios en los precedentes se guían sobre todo por la utilidad social, en un pueblo eminentemente pragmático y en donde el Derecho se concibe como un instrumento para la convivencia pacífica.

e) La existencia de un país federal, que además tiene Constitución escrita y ha tenido tan rápida expansión geográfica (sobre todo en el siglo XIX) y tanta influencia a nivel mundial, ha hecho que el precedente haya crecido mucho y haya trascendido más allá de sus fronteras.

f) El único precedente realmente válido y de alcance general es el que emite la Corte Suprema federal, la cual no se considera ligada por sus precedentes anteriores, si bien trata de hacerlo. Esto obliga a los tribunales estatales.

Los precedentes tienen varias aristas, algunas de las cuales son las siguientes:

Los casos resueltos -me refiero a los del máximo tribunal- no se llaman necesariamente precedentes. Son resoluciones judiciales que fijan posiciones y que, por tanto, tienden a ser seguidas, en menor o mayor medida, por el resto de los tribunales, tanto los de la federación como los de los estados. Su aceptación opera en principio, pero su firmeza solo la da el tiempo.

La obligatoriedad de los casos tiende a aumentar, conforme ellos se repiten y se ratifican. En tal sentido, un precedente bien puede ser fijado por un solo caso, pero no tendrá la misma fuerza si no es reiterado por otros posteriores, que lo confirman. De esta manera, lo que lo lleva a convertirse en precedente nace precisamente en el hecho de que la primera vez que este aparece es fruto de un desarrollo lento, en donde se fijan criterios y luego se repiten. Es decir, van anteceditos por una serie de casos que construyen lentamente lo que luego será el rompecabezas armado en su totalidad.

Los precedentes no son eternos, pero tienden a durar y, sobre todo, cambian cuando hay que hacerlo. Por ejemplo, el famoso caso "Plessy vs. Ferguson" de 1896, que estableció el principio de separados pero iguales, solo fue revocado en 1954, al prohibirse la segregación racial en las escuelas públicas ("Brown vs. Board of Education"). Otros, no menos célebres, son el de "Miranda vs. Arizona" (1966) y el del aborto, "Roe vs. Wade" (1973), que siguen vigentes, con diversas matizaciones.

La obligatoriedad del precedente se incrementa con el tiempo. Y cuando en el camino surge uno muy notorio y de gran repercusión, se convierte en un caso paradigmático que confirma lo anterior y señala rumbos

hacia el futuro. De ahí el término “leading case”, que es más bien de uso periodístico.

Existen varias maneras de matizar y atenuar el precedente, como son las técnicas de “distinguishing” y el “limiting” y que se emplean cuando se advierte que las situaciones no son iguales o que deben ser precisadas. En situaciones así se apartan de un precedente y lo hacen más acotado. Y en relación con el tiempo pueden ser retroactivos (o sea, para las partes involucradas) o prospectivos, hacia un futuro que puede ser cercano o lejano.

Y, por cierto, pueden ser revocados (“overruling”) total o parcialmente y con modulaciones en el tiempo.

5. Su irradiación en el resto de nuestra América

Como es sabido, la influencia de los Estados Unidos fue muy importante en las recién independizadas colonias españolas, a las cuales antecedieron en el tiempo. A diferencia de la Revolución Francesa, que cambió de un régimen a otro pero que siguió siendo el mismo país (antiguo régimen a nuevo régimen, cambio de monarquía a república), los Estados Unidos se independizaron de una potencia externa, nacieron como un nuevo país y se dieron su propia organización, que antes no existía: estructura federal y régimen presidencial. Todo esto fue prontamente conocido entre nosotros por la difusión efectuada por los viajeros, por los cronistas y sus publicaciones, por la lectura de “El Federalista” y la influencia de los manuales de la época, prontamente traducidos al castellano y sobre todo, por el clásico “La democracia en América” de Tocqueville, cuyo primer tomo fue publicado en francés en 1835 y traducido casi de inmediato al castellano. Y si bien la herencia legal fue romanista (fuentes romanas, derecho castellano y legislación de Indias) algo llegó del “common law” sobre todo a nivel constitucional,

como lo demuestra la experiencia de varios de nuestros países. Esto se refleja a fines del siglo XIX, en donde comienza a cobrar verdadera importancia la jurisprudencia que los autores empiezan a compilar y sistematizar, y que luego tendrán importante papel en el desarrollo jurídico del área. Así vino de suyo la importancia de los casos decididos judicialmente, es decir, de la jurisprudencia y de sus alcances. Veamos algunos de ellos:

a) En México, la importancia de la jurisprudencia se manifiesta en las llamadas "tesis", que constituyen el criterio jurídico utilizado en los casos más importantes y que se han desarrollado ampliamente, que originalmente estaban centrados en la Suprema Corte de Justicia y en los tribunales colegiados de circuito. Pero lo característico fue la obligatoriedad de la jurisprudencia resuelta en procesos de Amparo, donde ella se consolida cuando es producto de una votación mínima de ocho jueces si lo adopta el Pleno de la Suprema Corte y de cuatro si lo hacen las salas. A lo que debe añadirse que es necesaria una ratificación ininterrumpida de cinco sentencias consecutivas en el mismo sentido, luego de lo cual surge su carácter imperativo, pudiendo ser contradicha o modificada en el futuro. En materia de Amparo, esto opera desde 1882 y continúa en la reciente reforma constitucional llevada a cabo en 2011. En la actualidad, la jurisprudencia obligatoria se encuentra a todo nivel, siempre que medien las condiciones para ello; las que no lo obtienen, tienen la categoría de "tesis", que son las que no alcanzan la formalidad de cinco sentencias consecutivas, y "tesis de jurisprudencia" que son obligatorias.

También hay que considerar que en materia de acciones abstractas de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales (conflictos de atribuciones y de competencias entre órganos y poderes del Estado) se puede establecer jurisprudencia (obligatoria) en un solo caso, siempre que exista una votación de ocho (de los once magistrados) en el pleno de

la Suprema Corte de Justicia, así como cuando se trate de resolver una contradicción de criterios entre Tribunales Colegiados de Circuito.

b) La Argentina fue un gran receptor de la influencia norteamericana desde el siglo XIX y se acentúa en el siglo XX, si bien adquiere fisonomía propia a partir de 1930. En el mundo jurídico, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es importante, al extremo de que en alguna oportunidad ha tenido creaciones judiciales garantistas, como son los casos de Siri (1957) y Kot (1958) si bien no fueron creaciones "ex nihilo". Es decir, en estos dos procesos se pedía protección para ciertos derechos fundamentales a través de un recurso de Habeas Corpus y la Corte Suprema lo que hizo fue crear pretorianamente el proceso de Amparo por una reconducción interesante: acomodó el proceso de Habeas Corpus existente para la libertad individual, y lo reconvirtió en uno para la protección de los demás derechos distintos a la libertad ambulatoria y le dio nuevo nombre. Fue una creación interesante, pero no salió de la nada, y por cierto, no fue creación procesal sino, en todo caso, conversión procesal. Es un poco lo que sucedió en el famoso caso "Marbury vs. Madison": la Corte Suprema norteamericana no creó ninguna forma procesal, pues se trataba de un caso que venía como "write of mandamus", en el que se aprovechó la oportunidad para desarrollar una facultad implícita, que permitió a la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de una ley. O sea, afirmar el principio de supremacía constitucional que antes no existía, por lo menos de manera explícita.

El precedente como tal no existe en la Argentina. Lo que hay son casos que se conocen, se siguen, se observan y crean una corriente de opinión favorable en el resto del ordenamiento. Incluso, esto se ve en su manera de citar: primero va el nombre de las partes y luego la publicación donde aparece: "Fallos 239:1156", en donde el primer número es el tomo y el segundo, la página.

c) Colombia tiene una Corte Constitucional desde 1991, creada en la Constitución de ese año, en la cual se recogieron novedades y tradiciones que venían de atrás, en especial en materia de control constitucional. Sin embargo, y pese a la utilización del artículo 230 constitucional, la figura del precedente no está consagrada expresamente en este texto, lo que ha hecho que exista cierta resistencia en adoptarlo, pues no era considerado fuente del Derecho, lo cual fue además materia de un intenso debate doctrinario. Pero en los últimos años, la figura del precedente se ha abierto paso a golpe de sentencias de la Corte Constitucional, con una general aceptación, si bien no tiene la fuerza que sí tiene en otras partes, presentándose más bien como un fuerte precedente persuasivo. E igual ha sucedido en otros temas, como producto de la intensa actividad tribunalicia de la Corte Constitucional.

d) En el Perú, como en el resto de América Latina, se ha seguido siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien en forma no compulsiva, sino persuasiva. Incluso, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, cuando se enfrentaba a problemas nuevos y complejos, tomaba acuerdos que se condensaban en un documento que bajo el nombre de "Circular" y con fecha precisa y firma del presidente de la Corte, era remitido a todos los jueces del país a través de los titulares de cada distrito judicial y en calidad de "recomendaciones", que con el tiempo adquirieron mayor fuerza (véanse los "Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia", cuyo primer tomo se publicó en 1906 y que continúa en curso). Esta situación, que venía desde atrás, fue en parte matizada con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, en la Constitución de 1979 y que se instaló en 1982, con facultades de conocer en casación, básicamente, los procesos de Habeas Corpus y Amparo. Tiempo después se aprobó la Ley 23506 en 1982, que es la primera que regula en su integridad ambos procesos constitucionales, y que incluye pioneramente el precedente en su versión clásica y así consta en su artículo 9:

Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

La importancia de este texto de 1982 es que es el primero que incorpora en el derecho positivo peruano el concepto de “precedente”, y que en cierta forma es tomado de la vertiente norteamericana. Lo que viene después no se entiende sin este primer paso.

En la actualidad, la normativa pertinente se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional vigente desde mayo de 2004 y que dice así:

Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente

A diferencia del enunciado normativo de 1982, que pasó casi inadvertido, el de 2004 tuvo una gran influencia y fue prontamente imitado en otras aéreas del ordenamiento peruano (el primero en reproducirlo fue la modificatoria introducida en el entonces vigente Código de Procedimientos Penales, pocos meses más tarde, a través del artículo 301-A, del cual es prácticamente una copia y al que siguieron otros similares).

Adicionalmente, existe la curiosamente denominada “doctrina jurisprudencial”, de menor valor y con menos fuerza y más bien con sentido orientador (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Más aun, cuando muchas veces el propio Tribunal Constitucional no la considera.

La jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional no es muy numerosa (no pasan de cincuenta desde el año de su creación), pero no ha sido ni firme ni coherente: no ha tenido un norte definido. A lo que debe agregarse que desde agosto de 2014 se ha creado, “ex nihilo”, un precedente en el caso “Vásquez Romero” que ha yugulado la actividad del Tribunal Constitucional, con tendencia al abandono del garantismo.

El Poder Judicial, por su parte, ha tenido en los últimos años ciertos enfrentamientos con el Tribunal Constitucional, por diferencia de criterios, si bien en los demás ámbitos trata de unificar su jurisprudencia a través de “Acuerdos Plenarios”, adoptados en la Sala Plena de la Corte Suprema en materias diversas (laboral, civil, penal, etc.). La misma tendencia, con matices diversos, se ha extendido a la administración pública (INDECOPI, Tribunal de Contrataciones del Estado, Tribunal Registral, etc.).

e) Bolivia ha creado, con la Constitución de 2009, un Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) y luego ha aprobado un Código Procesal Constitucional en 2012, que ha tenido un funcionamiento sin estridencias, pero sin poder apartarse demasiado del poder político. El mencionado Código, como si estuviésemos en pleno siglo XIX, dice que en materia interpretativa debe primar la intención del legislador constituyente (art. 2), si bien reconoce otro tipo de fuentes. Pero su artículo 15 señala claramente la vinculatoriedad de las decisiones de dicho Tribunal, que alcanza a las instituciones del Estado y a la Administración, lo que no impide, por cierto, cambiar de criterio en el

futuro. Ello, sin embargo, remonta en sus orígenes al artículo 44 de la Ley 1836 de 1998, que dispone la obligatoriedad y vinculatoriedad de las decisiones del entonces Tribunal Constitucional, si bien en forma no muy precisa, pues no tenía reconocimiento de fuente de Derecho y además tuvo problemas en su aplicación, en especial por cierta resistencia de la Corte Suprema. El actual texto constitucional de 2009 confirma, en su artículo 203, la vinculatoriedad de los fallos en sede constitucional, con lo cual el problema ha quedado zanjado en este punto. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional no ha hecho más que acentuar la existencia de un precedente constitucional, si bien ¿no? petrificado.

f) República Dominicana es el último de los países latinoamericanos -y del Caribe- que ha incorporado un Tribunal Constitucional en su Constitución de 2010. Ella misma trae el siguiente artículo 184, que señala textualmente:

Habrá un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria.

La nueva Constitución de 2015 -que recoge prácticamente el íntegro de la anterior de 2010- repite el precepto en los mismos términos, que por lo demás fue precedido por legislación anterior, si bien en forma no tan precisa. Es quizá la versión más radical de lo que es o podría ser el precedente, pues tiene a nivel constitucional una dureza que no se observa ni siquiera en el caso brasileño. Sus características son las siguientes:

- a) Es precedente vinculante todo lo que resuelve el Tribunal Constitucional, sin distinción del tipo de resoluciones (pueden ser sentencias o no serlo).

- b) No se distingue en las resoluciones lo accesorio de lo principal, equiparando ambas.

- c) Se señala que son definitivas e irrevocables, o sea, son intocadas. Si bien entendemos que a nivel supranacional podrían ser revisadas en función de los compromisos internacionales que haya asumido el país.

La Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales sancionada en 2011 ha matizado en su artículo 31 los alcances antes mencionados, posibilitando el cambio y modulación de los precedentes constitucionales, lo cual se refleja en la jurisprudencia existente.

6. Súpula vinculante en el Brasil

La doctrina brasileña es acorde cuando sostiene que la unidad del sistema reposa necesariamente en la observancia del precedente, y esto desde tiempo atrás. Todo ello centrado en el Supremo Tribunal Federal, el más alto del país, el de mayor extensión en la América y con una estructura federal que se pronuncia a través del llamado "Recurso Extraordinario", pensado básicamente en problemas constitucionales.

En este país existe desde 1964 lo que se conoce como "súpula", o sea, una sumilla presentada en un párrafo de pocas líneas, que establece una directriz en una materia determinada, de carácter genérico y de corte teórico-doctrinario. Lo peculiar de esta súpula es que brota o nace de un caso concreto y de él se extraen principios o directrices que se vuelcan en

ella. La sùmula clàstica no es un precedente, sino una simple guìa u orientación para los usuarios del servicio de justicia y para los jueces. Es una facilidad para el litigio y para el litigante, pero no es obligatoria. De ahì su diferencia con los precedentes de otros paìses, pues se presentan como una càpsula principista de enunciados generales que ademàs no son obligatorios y que por su caràcter abstracto permiten aplicaciones flexibles.

Posteriormente, mediante expresa reforma constitucional (llamada enmienda en la terminología brasileña) se creó en diciembre de 2004 la llamada "sùmula vinculante" (EC-045) al modificarse el artículo 103A de la Constitución vigente de 1988.

Algunas peculiaridades de este dispositivo son las siguientes:

- i) Obliga a todos los poderes pùblicos y a la Administración.
- ii) Se aprueba por los dos tercios de los miembros del Supremo Tribunal Federal, sobre un tema que haya recibido pronunciamientos anteriores en materia constitucional y que el Supremo Tribunal considere necesario consolidar.
- iii) La sùmula vinculante puede ser modificada por el mismo Tribunal.

Siguen la forma de las anteriores sùmulas, pero tienen mayor alcance y la misma forma de presentación; ademàs, son aprobadas con cautela y no son numerosas. Y a diferencia de las anteriores son vinculantes y esto desde 2004, si bien las primeras sùmulas vinculantes se aprobaron recién en mayo de 2007.

La “súmula” clásica no es en realidad un precedente: es una simple guía para los procesos judiciales, de carácter orientador. La “súmula vinculante” no llega a ser tal, pero se le aproxima, tal como puede verse en la ley reglamentaria aprobada en 2006. Y porque, además, tiene esa vinculatoriedad que es su distintivo. Pero es difícil decir que pueda ser un precedente, pues su construcción y manera de presentarse se asemeja más a una regla o norma general que a un precedente judicial o jurisdiccional.

8. ¿Creación del Derecho?

El concepto de “creación” no es unívoco, y más bien está relacionado con la capacidad de que surja algo nuevo, sin antecedentes, o sea, que salga de la nada y que no tenga relación alguna con lo existente. En tal sentido, el significado primigenio de la “creación” en su origen bíblico es que surge algo en donde no había nada. De ahí viene la frase “creatio ex nihilo”. Este, pues, sería el sentido fuerte del concepto de creación, que en realidad casi no tiene uso, pues con tantos siglos de civilización y más aún, de intercambios entre los pueblos y las culturas, añadido a la globalización de las últimas décadas, es casi imposible que pueda hablarse estrictamente de una creación “ex nihilo”. Incluso, en el campo de las creaciones científicas, como decía Freud, uno siempre se apoya en quienes le han precedido, por lo que cabe admitir un sentido fuerte y un sentido débil de “creación”. En lo primero, creación hoy por hoy, es sumamente difícil y altamente improbable. En lo segundo, es frecuente que esto ocurra en diversos campos.

En el campo del Derecho, la situación esquemáticamente es así: en un principio, los dos sistemas o familias jurídicas vigentes en Occidente eran creadoras, y esto se aprecia en el período formativo del Derecho romano -la codificación justiniana es un condensado final- y en el desarrollo del “common law”, en donde sobre la base de usos y

costumbres ancestrales, se van creando instituciones y prácticas que se asentarán con los años.

En ambos sistemas ha habido debate sobre el tema, pero mientras que en el "common law" la idea es más bien pacífica, en el sentido de que existe o se acepta la creación judicial y dentro de determinados límites, en el mundo romanista la situación ha sido a la inversa, y eso se debe en gran parte a la estructura del sistema. Así, mientras que el eje central en el "common law" es el juez, en el mundo romanista es la ley, o si se quiere, el Código.

La Revolución francesa trajo consigo, fruto de los excesos del "ancien régime", la figura de un juez que no podía invadir los ámbitos del cuerpo legislativo, depositario de la voluntad popular y que, por tanto, debería ser un fiel cumplidor de la ley. Para eso surgió, si bien con antecedentes, la Corte de Casación que inicialmente dependió del parlamento.

Lo que no se advirtió en un primer momento es que cuando un juez resuelve, pasa "grosso modo" por dos momentos: interpretación de la ley y aplicación al caso concreto. Esto fue identificado como un silogismo en el cual la norma era la premisa mayor; el caso en debate, la premisa menor, de la cual salía una conclusión. Es lo que luego se ha llamado la "subsunción", que existe hasta ahora, si bien acotada para determinados casos, en especial los llamados "fáciles". Es decir, no era un paso, sino dos. Aun así, la doctrina era clara; el juez debería limitarse a aplicar la ley en sentido estricto, y nada más. Fruto de esta concepción nació la Escuela de la Exégesis -a raíz de la aprobación del Código de Napoleón-, la cual tuvo una gran ascendencia durante todo el siglo XIX, con decisiva influencia en Francia y en el resto de Europa, y, por cierto, en la América Latina. En el siglo XX, la situación cambiará primero lentamente, y luego, en forma acelerada, sobre todo después de la Segunda Guerra

Mundial, en donde se amplió grandemente el espectro del Derecho, al cual se superpuso una normativa supranacional, que en años iba a cambiar el panorama. Y esto, coincidente con el renacimiento del iusnaturalismo, que se refleja en diversos hechos y actitudes, sobre todo en la llamada "fórmula Radbruch", planteo acuñado por este famoso teórico alemán después de la Segunda Guerra Mundial, modificando así su criterio anterior a la guerra.

Y es que, en sentido débil, toda aplicación del Derecho supone cierto nivel de creación. Pues hoy es pacífico admitir que, a) las leyes no cubren todo el panorama ni el universo de problemas, b) tampoco resuelven o tienen la solución de todos los que se presentan, c) el ordenamiento contiene tal cantidad de instituciones y de principios, que pueden usarse precisamente para afrontar situaciones no previstas, d) las leyes envejecen y no siempre pueden prever problemas que surgen tiempo después de que ellas entraron en vigencia y e) los jueces no pueden dejar de fallar en ningún caso.

Cabe recordar que ni siquiera en el clásico positivismo se niega esta posibilidad. Así, Kelsen, autor emblemático, al sustentar la necesidad y conveniencia teórica de un Tribunal Constitucional (en su famosa ponencia de 1928) estableció la calidad de "legislador negativo" de ese órgano, con lo cual dio a entender que la "expulsión" de una norma es, en puridad, creación, pues moldea, modifica y altera lo existente. Y más tarde, al publicar la primera edición de su célebre "Teoría Pura del Derecho" en 1934, acotó que la norma es un marco abierto a varias posibilidades y que el juez escoge libremente una de ellas, no por un acto de conocimiento, sino de voluntad; tesis que mantuvo hasta el final.

El caso más palpable, o si se quiere, más notorio, es el pensamiento jurídico norteamericano que nace modernamente con Oliver W. Holmes, continúa con Roscoe Pound y tiene sus más conspicuos representantes

en Jerome Frank y Karl N. Llewellyn, quienes acentúan la importancia de la labor del juez y sus motivaciones, que son de distinto orden y que nada tienen que ver con el razonamiento deductivo y lógico. Crean, pues, derecho, y al hacerlo tienen en cuenta diversos elementos que no aparecen a primera vista y muchas veces nada tienen que ver con las normas. Y así sucesivamente, con variantes hasta nuestros días.

El problema, pues, no es saber si los jueces crean Derecho -pues admitimos que lo hacen- sino en saber cómo lo hacen y dentro de qué límites. Y aquí hay varios problemas, de los que enunciaremos solo algunos:

- a) Toda creación debe ser considerada estrictamente necesaria, si bien dentro de este concepto débil hay creaciones de poca monta y otras de mayor calado.
- b) La creación debe ser efectuada recurriendo a otros elementos del Derecho positivo, en la medida que sea aplicable.
- c) Debe tenerse presente el marco constitucional y los valores que consagra y adicionalmente, el ordenamiento supranacional, más aun si es que el Estado se ha adherido a tales instrumentos internacionales, sobre todo los de derechos humanos.
- d) Toda decisión debe observar mínimamente las reglas de la lógica elemental y los principios lógicos clásicos (no contradicción, identidad, etc.).
- e) Debe tenerse presente las consecuencias de tal decisión, sin que este sea el único criterio a tomar en cuenta.

f) Deben salvarse, en la medida de lo posible, las opciones adoptadas por el legislador democrático (para lo cual existen varios medios, como la distinción entre “disposición” y “norma”).

g) En pocas palabras, lo que se “crea” no debe ser arbitrario, es decir, debe ser razonable, y en cierto sentido, necesario.

8. La creación de precedentes

La creación del precedente está en cierto modo vinculada con la “creación” del derecho, y, por cierto, con la especial manera de cómo el o los jueces ven el Derecho. Un precedente normalmente rompe la lógica de sus antecedentes y postula algo nuevo o distinto a lo anterior, con la pretensión de provocar seguimientos. Lo que falta por ver es si es un precedente o no. En términos generales, la distinción entre “jurisprudencia” (decisión de los tribunales) y “precedente” no es fácil, ya que todo precedente es una resolución judicial, pero no toda resolución constituye un precedente. El otro problema por ver es cómo distinguir y darnos cuenta de que estamos ante un precedente, lo cual depende de cada ordenamiento. Así, en el sistema norteamericano la jurisprudencia es orientadora e irradia su ejemplo en el resto del sistema judicial, como factor sobre todo persuasivo para el resto de la judicatura. Que esta lo siga o no, depende de muchos factores que aquí no vamos a desarrollar. Pero cuando se trata de casos de cierta trascendencia, que las cortes o tribunales repiten o reiteran, podemos decir que estamos ante un precedente, pues por la naturaleza del sistema –“stare decisis”– tienden a perdurar y a imponerse. El reciente caso, resuelto por la Corte Suprema en materia de matrimonio homosexual, tiene ese alcance, y si bien es reciente, es obvio que provocará seguimientos y será un precedente importante.

Ahora bien, lo relevante de la génesis del precedente en el sistema norteamericano es que sus elementos se forman lentamente, caso por caso y en forma acumulativa, hasta que llega un momento en que lo que eran atisbos o adelantos parciales, se configuran y a partir de ahí empiezan a regir en forma plena; es el caso "Miranda...", que pese a matizaciones, sigue vigente y lo aplica la policía en todos los estados de la Unión.

El caso peruano es distinto: el artículo VII del Código Procesal Constitucional establece -si bien con antecedentes que se remontan a 1982- la existencia de un precedente vinculante cuando el Tribunal Constitucional así lo determine, lo cual debió haberse entendido de la mejor manera, como una facultad, pero prudente. Pero lamentablemente, si bien pocos en número, su elaboración ha sido algo errática: han nacido generalmente en un solo acto -como Minerva, nació entera y con armadura de la cabeza de Zeus- sin relación con el tema en cuestión y, además, contrariando normas e incluso violando la propia Constitución a la cual interpretan en forma mañosa (como la limitación del recurso de agravio constitucional en los últimos años), si bien felizmente, en cuanto a su número, no son muchos.

En otras situaciones, como la argentina, los precedentes se imponen solos y con el tiempo, y en este sentido está más cerca de la tradición norteamericana. Igual podríamos decir del caso colombiano, si bien es más reciente.

9. Precedente constitucional y creación del derecho

De acuerdo a lo señalado, los precedentes en general existen en el mundo romanista, pero enormemente diferenciados de los que se dan en el mundo anglosajón, del cual nos separan muchos matices. Pero es obvio que la idea es que los precedentes existan, en cierta manera para

ordenar la producción tribunalicia y en parte para dar seguridad a los justiciables y favorecer la igualdad entre ellos (o sea, no ser tratados en forma distinta en situaciones iguales). Siempre existirá el problema de cómo se llegó a ello y qué parte se impone sobre el resto, bajo qué modalidades y por cuánto tiempo. Eso a la larga depende de muchos factores, siendo el más importante tener presente que no son eternos, sino más bien sometidos a los rigores del tiempo y de la evolución social, política y económica de una determinada comunidad. Y que, además, no tienen eficacia plena, que, de sus partes, unas son de seguimiento y otras no, y adicionalmente, que pueden ser matizados, precisados, modificados y revocados, total o parcialmente.

Y, por cierto, dentro de todo ello, los precedentes generalmente -pero no siempre- contienen aspectos creativos, pero en el sentido que hemos anotado anteriormente, o sea, no son absolutamente nuevos sino relativamente nuevos, si bien se dan casos de precedentes que rompen con todos los antecedentes e instauran algo nuevo, como puede verse, sobre todo, en el mundo norteamericano.

En cuanto a los precedentes, es obvio que ellos abarcan o tienden a abarcar a todo el Derecho o a varias de sus áreas. Así, existen precedentes -algunos persuasivos, otros obligatorios, según los ordenamientos- que recaen en aspectos civiles, penales, laborales, etc., y también constitucionales. Es decir, existen precedentes constitucionales que son tan precedentes como cualquiera: son parte de una teoría general del precedente que los explica. La única diferencia de los precedentes constitucionales, en relación con los que no lo son, es que ellos son determinantes para el ordenamiento en su totalidad. Así, mientras que un precedente en cortes ordinarias es importante y altera, modifica o encauza conductas en ciertas aéreas o zonas del ordenamiento, el de naturaleza constitucional tiene un mayor campo de

influencia y cualitativamente es más valioso, sobre todo por su carácter expansivo.

10. Un desliz semántico: la “autonomía procesal” en la experiencia peruana

Uno de los aspectos más curiosos de la experiencia jurisprudencial peruana es la llamada “autonomía procesal” que el Tribunal Constitucional se ha arrogado desde 2005. Para eso partió de dos consideraciones no explicitadas pero conocidas: a) la tesis de Peter Häberle, quien sostiene que el “derecho procesal constitucional” no es más que “derecho constitucional concretizado” y por tanto, aquel no debe tener relaciones, en la medida de lo posible, con el derecho o teoría procesal, y b) la monografía de Patricia Rodríguez Patrón sobre la *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional* editada por Civitas en 2003, precedida por otros trabajos de la autora. Veamos cada uno de ellos:

a) La tesis de Häberle sobre la inexistencia del “derecho procesal constitucional” es algo aislado en el pensamiento jurídico alemán, en donde el término se encuentra firmemente aceptado, como puede verse en los manuales de la materia. Aún más, existe acuerdo en que el Tribunal Constitucional Federal (TCF) debe ceñirse a las normas y figuras procesales, si bien en virtud de la incompleción de la ley que regula su actividad puede tomarse ciertas licencias para su mejor funcionamiento y con determinadas limitaciones.

b) Patricia Rodríguez Patrón analiza una práctica jurisprudencial y le da un nombre que considera práctico y explicativo. El término alemán “*verfahrensautonomie*” significa, en realidad, “autonomía procedimental”, o sea, los pasos varios que se dan al interior de un proceso y no sobre el proceso en sí mismo. La autora lo reconoce

expresamente, y dice que lo usa “por comodidad” y para distinguirlo de la “autonomía reglamentaria”, pero como quiera que es el único texto que durante años circuló sobre el tema en el ámbito iberoamericano, fue apropiado para sus usos por el Tribunal Constitucional peruano, y de esa manera justificar sus excesos y también algunos estropicios, cuando a mediados de la década de 2000 entró en un activismo inusual. Hubo, pues, una mala traducción, y de parte del receptor, un entendimiento perverso, cuyos efectos aún se mantienen.

Algunos reparos que pueden oponerse a esta tesis son los siguientes:

El Derecho, en cuanto tal, es una unidad, y para efectos prácticos, cada rama o área del Derecho no es autosuficiente. En tal sentido, se distingue con validez hasta ahora la presencia de un derecho sustantivo al lado de un derecho adjetivo o instrumental. Decir que el Derecho Procesal Constitucional es un derecho constitucional concretizado –al margen de que sea una metáfora feliz– es lo mismo que decir que el Derecho Procesal Civil no es más que “derecho civil concretizado”, lo que entendemos no ha sido postulado por nadie.

Hay que tener cuidado con el uso de una palabra polivalente, como es la de “autonomía”, ya que etimológicamente puede significar no depender de nadie, pero también regirse por sus propias normas (*auto* y *nomía*; darse, a sí mismo, normas que lo regulen). En tal sentido, se dice que determinados órganos del Estado son autónomos, como, por ejemplo, los clásicos poderes del Estado, y en ciertos países, el Ministerio Público. En este caso, es obvio que los fiscales actúan con autonomía, pero eso no significa que no investiguen, ni menos, que acusen sin pruebas, pues tienen normas que regulan sus actuaciones. Por tanto, en esta línea es claro que los Tribunales Constitucionales son autónomos, pero ellos se rigen por la Constitución, en primer lugar, y secundariamente, por las leyes relativas a su organización y los

procesos que se llevan ante él. No tienen, pues, autonomía externa, y menos en relación con terceros, pues aquí existen límites.

Decir que existe una “autonomía” procesal es lo mismo que decir que existe una autonomía de la voluntad o una autonomía en un proceso penal o administrativo. La autonomía bien entendida es capacidad de crear algo de la nada y eso no es factible en normas de orden público, como son las normas procesales y que, además, representan una garantía contra la arbitrariedad. Existe, si se quiere, “autonomía relativa”, que en el fondo es aptitud o capacidad de interpretación o integración, teniendo como marco el orden jurídico. Más que autonomía, estamos ante un “principio de elasticidad” de la norma procesal, como lo señala la moderna doctrina; y, por cierto, de la capacidad de los jueces al resolver casos sometidos a su jurisdicción.

Cuando el Tribunal Constitucional peruano ha invocado la “autonomía” o se respalda en ella, es precisamente para incurrir en desatinos o hacer estropicios, como fue, por ejemplo, violar la Constitución en varios casos, como en forma reciente lo ha hecho en el precedente vinculante “Vásquez Romero”, en donde ha desactivado las salas del Tribunal Constitucional, ha desaparecido el derecho a la instancia consagrado en la Constitución y ha yugulado el derecho de defensa y a ser oído, que son derechos fundamentales de las partes.

Otra argumentación recae en los siguientes temas: a) la incompleción de la ley reguladora de la actividad del TCF, que es más bien parca en sus enunciados, y b) la insuficiencia de los métodos de integración jurisdiccional del Derecho. Esto es, llenar vacíos y siempre al interior de un proceso, generalmente desprendidos de la ley o en aplicación analógica. Y todo para el mejor logro de sus fines, sobre todo en la fase de ejecución. Dentro de este espectro se modelan nuevos tipos de sentencias, ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia

italianas. Son, pues, “perfeccionamientos”, “afinamientos” y “precisiones” a partir del proceso que no afecta la división de poderes ni menos, el ordenamiento constitucional. Se trata de una “autonomía” acotada, o mejor dicho, vista la impropiedad del nombre, de elasticidad y discrecionalidad que, dicho sea de paso, la tienen todos los jueces en todo tipo de procesos. Si esto no se observa, como se ha visto en varios casos del Tribunal Constitucional peruano, estamos simplemente ante una arbitrariedad descontrolada.

Si se revisan bien los fundamentos del libro mencionado de la Rodríguez Patrón, se podrá advertir por de pronto que la “autonomía procesal”, que estampa en el título por comodidad, y que pone entre comillas para resaltar su peculiaridad –o quizá su arbitrariedad- no existe en los hechos, pues lo que se da es una “autonomía procedimental” que tiene muchos límites y que en la práctica se limita a la integración del orden jurídico con elementos tomados de otras partes del ordenamiento procesal alemán o con interpretaciones ingeniosas. Es decir, mucho ruido y pocas nueces, que ha terminado “justificando” situaciones no queridas por la autora.

En el caso concreto del Tribunal Constitucional peruano, al margen de ciertos casos esferpénticos (por ejemplo, haber creado un amparo contra amparo, un recurso a favor del precedente, una revisión de lo resuelto por el máximo órgano electoral, cuando la Constitución no lo permite, la revisión y modificación de laudos arbitrales, el desconocimiento de sentencias firmes, emitidas por la Corte Suprema dentro de procesos no constitucionales, el *per saltum* en la ejecución, haber modificado el sentido de “sentencia estimatoria”, entendiéndola al revés, haber eliminado los plazos para que los procuradores, en cuanto abogados del Estado, puedan interponer determinados recursos, aun cuando los plazos estuvieran vencidos, haber nombrado un fiscal supremo, desconociendo que esa facultad la tiene por mandato constitucional el

Consejo Nacional de la Magistratura, haber resuelto un conflicto universitario utilizando el Código Civil, etc.), ha tenido algunos aciertos que la doctrina pondera como “aportes” que aparentemente justificarían esta “autonomía” que nadie le concedió al Tribunal Constitucional, entre los cuales se señalan básicamente los siguientes:

- Creación del *amicus curiae*.
- Incorporación del litis consorte facultativo.
- Creación del “partícipe”.
- Informe de hechos en las audiencias.
- Adecuación de plazos.
- Reconversión de ciertos procesos para una mejor consecuencia de los fines que se pretende.
- Tipología de las sentencias constitucionales.

Como se ve, estos temas son inocuos, tienen un fin garantista y favorecen el desarrollo de los procesos constitucionales y no rompen ninguna prohibición normativa y en última instancia, esto lo hace cualquier tribunal que se estime y sin necesidad de recurrir a conceptos inatingentes como el de “autonomía procesal”. Pero es solo el Tribunal Constitucional el que incurre en excesos notorios “contra legem” y “contra constitutionem”. Más aun, cuando con no disimulada soberbia, se proclamó hace algunos años como “vocero” del poder constituyente, encargo que, por cierto, nadie le ha asignado.

11. Algunas consideraciones finales

En los principales países de la América Latina fue importante, desde un principio, la ley y su fiel cumplimiento. Pero poco a poco fue matizándose y ya en el siglo XX se dio una mayor importancia a lo resuelto por los jueces. O sea, la jurisprudencia en diversas áreas, en especial las clásicas de orden civil y penal, que, si bien no eran compulsivas, eran orientadoras y buscaban sistematizar lo existente y que presentasen claros signos de predictibilidad para los justiciables. Fue algo temprano en algunos países y más tarde, en el resto. Pero el movimiento a favor de esta jurisprudencia más o menos vinculante se hace extensivo a partir de los años cincuenta del siglo pasado y aun antes. Es ahí cuando las influencias y corrientes de opinión dejan de guiarse únicamente del Derecho francés y español y empiezan a considerar el mundo sajón norteamericano. Esto último, evidentemente, como producto de las inversiones que se realizan en nuestros países y además, por un mejor conocimiento de la tradición del "common law" y de los intercambios universitarios, culturales y comerciales, así como por la firma de tratados de libre comercio. Pero en general este fenómeno de la recepción empieza en el siglo XIX y se proyecta en el XX. Dentro de él aparece la figura del "precedente", que con este nombre o sin él, se incorpora a nivel constitucional o legal en forma plena a partir de los años 80 del siglo pasado. Y esto nos muestra, en términos generales, dos extremos: por un lado, el precedente peruano, bastante ceñido y más aún el dominicano, que es más reciente. Y por otro, la experiencia argentina y en cierto sentido, la colombiana, que son más flexibles, más la primera que la segunda.

El caso del Brasil es curioso, pues siendo posterior a la normativa peruana, tiene obligatoriedad, pero con un diseño y armado "sui generis", que lo coloca como un esfuerzo distinto a lo que es frecuente

en el resto de la América Latina, aun cuando quizá los fines que se persigan sean los mismos.

La incorporación del “precedente” no deja de suscitar problemas y cuestionamientos, ya que es una institución propia de una familia jurídica distinta a la nuestra, y aún más, la forma como se incorpora y sus modalidades de aplicación. Pero pasado el tiempo, la figura del precedente se ha impuesto en nuestros ordenamientos, en especial el constitucional y no retrocederá. Es decir, no obstante, su origen foráneo, llegó para quedarse. Pero permanece como tarea pendiente saber cómo opera, qué alcanza, cuáles son sus modalidades y con qué características. Y sobre todo, que no caiga en arbitrariedades y excesos. Y son las experiencias surgidas a su amparo las que motivan cuestionamientos y reflexiones que siguen vivas y además, en forma no pacífica. Ese es el reto que ante sí tienen abogados, jueces y académicos, de lo que aquí hemos querido dejar constancia en forma, por demás, sumaria y superficial.

12. Bibliografía

Sobre el tema del precedente, la literatura, sobre todo en inglés, es inabarcable. Lo existente en el ámbito hispánico es generalmente de divulgación y de segunda mano, al margen de traducciones no siempre acertadas. Aquí nos limitaremos a lo esencial. Un enfoque panorámico, cf. Th. F.T. Plucknett, *A concise history of common law*, Little, Brown and Co, Boston 1956. En lo referente a los Estados Unidos, cf. Mark Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015 y André y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, UNAM, México 1957 (trae un largo capítulo sobre el precedente). Sobre Inglaterra, cf. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 10th edit. Routledge, Abingdon (Reino Unido) 2013. Sobre el precedente en general, vid. Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford University Press, N. York, 2008; Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, N. York, 2008; Thomas G. Hansford y James F. Springs II, *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton University Press, N. Jersey, 2008 y Saul Brenner y Harold J. Spaeth, *Stare Indecisis. The alteration of precedente on the Supreme Court: 1946-1992*, Cambridge University Press, N. York, 2006 (provocador desde el título). Un panorama global sobre el tema lo desarrolla Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, N. York, 2012 (entre lo "no escrito" figuran en lugar destacado las interpretaciones de la Corte Suprema federal). Entre aquellos que han escrito sobre el tema en castellano, yendo directamente a las fuentes y sin intermediarios (lo cual no es usual), destacan el de Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid 2001 y Victoria Iturralde Sesma, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995; en línea similar se encuentra Robert S. Barker, *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados*

Unidos, Edit. Grijley, Lima, 2014 (si bien escrito originalmente en inglés, el autor lo hizo especialmente a mi pedido y para ser traducido y publicado en el Perú, primero en 2009, en una revista especializada, y luego revisado y con agregados en 2014, como libro). Un gran panorama que recoge ponencias de un congreso mundial, cf. Carlos Bernal Pulido y Thomas Bustamante, eds., *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. Sobre el problema de la creación en el Derecho, cf. Eugenio Bulygin, *Los jueces ¿crean derecho?* en "Isonomía", núm. 18, abril de 2003 y más ampliamente Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, FCE, México, 1956 (con reimpressiones).

En lo referente a países, anotamos los siguientes:

Para México, véase Ignacio Burgoa *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México, 1995, pp. 817-836 y los más recientes relacionados con las modificaciones constitucionales: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El nuevo juicio de Amparo. Guía de la reforma constitucional y de la nueva ley de Amparo*, UNAM-IMDPC-Porrúa edit., México, 2013; Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho de Amparo*, UNAM-Porrúa edit., México, 2011 y la voz *Jurisprudencia judicial* a cargo de Ezequiel Guerrero Lara en "Enciclopedia Jurídica Mexicana", Edit. Porrúa-UNAM, tomo IV, México 2002.

Para la Argentina, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires, 1996-1997; Néstor P. Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2007 y Daniel A. Sabsay, dirección y Pablo L. Manili, coordinación, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Edit. Hammurabi, 5 tomos, Buenos Aires, 2010-2016.

En el caso de Colombia: Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; Diego E. López Medina, *El derecho de los jueces*, Edit. Legis, 2da edic., Bogotá, 2008; Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Grupo editorial Ibáñez, 4ta edic., Bogotá, 2012; Manuel F. Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, Edit. Temis, Bogotá, 2015.

En el Perú: Susana Castañeda Otsu, Directora, *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima, 2010; Jhonny Tupayachi Sotomayor, Compilador, *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Edit. Adrus, 2da edición, Lima, 2014; Luis Castillo Córdova, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2014; AA.VV., *Código Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 3ra edic., Lima 2008 (contiene todos los antecedentes, desde su primera versión puesta en circulación en 2003, en calidad de anteproyecto y que circuló ampliamente, hasta el proyecto final, el debate parlamentario y la aprobación del texto oficial a principios de 2004). Un comentario detenido de la Ley 23506 y sus antecedentes, cf. Alberto Borea Odría, *Las garantías constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo*, JVC ediciones, Lima 1992. De acuerdo a datos proporcionados por la revista "El Magistrado", núm. 61, agosto de 2016, en el período enero-julio de ese año, se instalaron y sesionaron cinco plenos jurisdiccionales en la Corte Suprema peruana. Sobre la "autonomía procesal", véanse César Landa Arroyo, *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú* en AA.VV., "Proceso y Constitución", Giovanni F. Priori Posada, editor, Ara Editores-PUCP, Lima, 2011 y Gerardo Eto Cruz, *Una problemática no resuelta en la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?* en la obra del mismo autor: "Constitución y procesos constitucionales", Edit. Adrus, tomo II, Lima,

2013. Un análisis crítico en Juan Monroy Gálvez, *La Teoría del Proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano: Sobre la presunta "autonomía procesal constitucional"* en "Revista Peruana de Derecho Público, núm. 16, enero-junio de 2008.

En el caso de Bolivia: *Sistematización de la jurisprudencia constitucional y precedentes obligatorios en derecho procesal penal*, Tribunal Constitucional y Cooperación Técnica Alemana, José Antonio Rivera, Consultor, tomo I, Sucre 2008; AA.VV. *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano*, Memorias del 2do Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2014 (trae un interesante artículo de Jorge Asbun sobre el precedente) y AA.VV. *Código Procesal Constitucional*, Coordinadores, Richard E. Cardozo y William Herrera Núñez, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2014.

En el Brasil: Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2013; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, Edit. Rev. Dos Tribunais, 2ª. Edic, Sao Paulo, 2011 (hay traducción castellana, incompleta) y André Ramos Tavares, *Nova ley da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários á Lei 11.417 de 19.12.2006*, Editora Método, 2da edic., Sao Paulo, 2007. La edición de la Constitución, hecha por la prestigiosa editorial Saraiva en 2014, recoge hasta ese momento 32 sùmulas vinculantes en un período de 10 años, cada una con una extensión aproximada de cinco líneas condensadas en un párrafo.

Para República Dominicana, vid. Juan Jorge García, *Derecho Constitucional Dominicano*, Tribunal Constitucional, Sto. Domingo, 2016; AA.VV. *Constitución comentada*, FINJUS, Santo Domingo, 2011 y Franklin E. Concepción Acosta, *El precedente constitucional en la República Dominicana*, s/e, Santo Domingo, 2014.

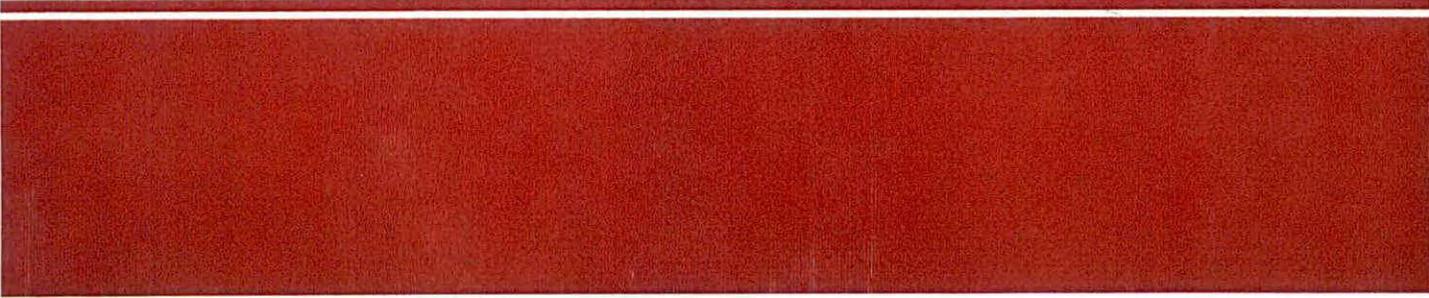
Las únicas fuentes sobre la denominada “autonomía procesal” se encuentran en los trabajos de Patricia Rodríguez Patrón, interesantes, pero sin mayor conocimiento del mundo procesal que, como decimos, ha sido interpretada antojadizamente en los predios peruanos y en algunos países del área, y, además, partiendo de una traducción incorrecta, que soslaya la diferencia entre “procedimiento” y “proceso”. Ellos son: *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 62, mayo-agosto de 2001, en donde leemos, al pie de la página 129, nota 16, lo siguiente: “Aquí hemos preferido la traducción de *Verfahrensautonomie* por “autonomía procesal” para evitar equívoco respecto a la “autonomía reglamentaria”...”; *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003 y *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, Madrid, 2005, en donde señala que “... la polivalencia del concepto de autonomía ha contribuido a su diversidad de aplicaciones que se alejan de las primeras asociadas al Derecho Privado.... una de esas aplicaciones ha tenido como objeto a la potestad de los órganos constitucionales de regular todo aquello que tiene que ver con su organización y funcionamiento” (pág. 36) que es la “autonomía normativa” ... las otras dos que estudia la autora son la “autonomía organizativa” y la “autonomía presupuestaria” (sic). Como se aprecia, el uso de “autonomía” es demasiado libre y poco riguroso.

Entre los relativamente escasos estudios generales en el área, señalamos: Alejandro M. Garro, *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del Derecho Comparado* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 24, septiembre-diciembre de 1988; José Antonio Rivera Santivañez, *Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional* en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, núm. 9, 2005; Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro, Coordinadores, *Estudios al precedente constitucional*, Palestra edit., Lima 2007 y Eduardo Oteiza, *El*



**DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS
VINCULANTES DE LA SENTENCIA**

Gloria Patricia Porras Escobar



Determinación de los Aspectos Vinculantes de la Sentencia

Gloria Patricia Porras Escobar

Conforme la concepción kelseniana, corresponde a los Tribunales constitucionales la defensa de la Constitución, a fin de mantener el principio de supremacía que las rige y que sujeta a su conformidad todo el resto del ordenamiento jurídico. Las decisiones del Tribunal Constitucional se encuentran contenidas en sus fallos, los que reflejan los criterios interpretativos y las argumentaciones o las razones del por qué una respuesta jurídica es jurídica y, además, merece ser reconocida privilegiadamente frente a las otras respuestas disponibles. Las sentencias constitucionales producen no solo efectos jurídicos para las partes procesales por su carácter declarativo, en razón del conflicto sometido a su conocimiento, sino que también producen efectos vinculantes que imponen un deber respecto de los demás órganos del Estado, de observar la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en casos similares, por ser este el intérprete último de la Constitución.

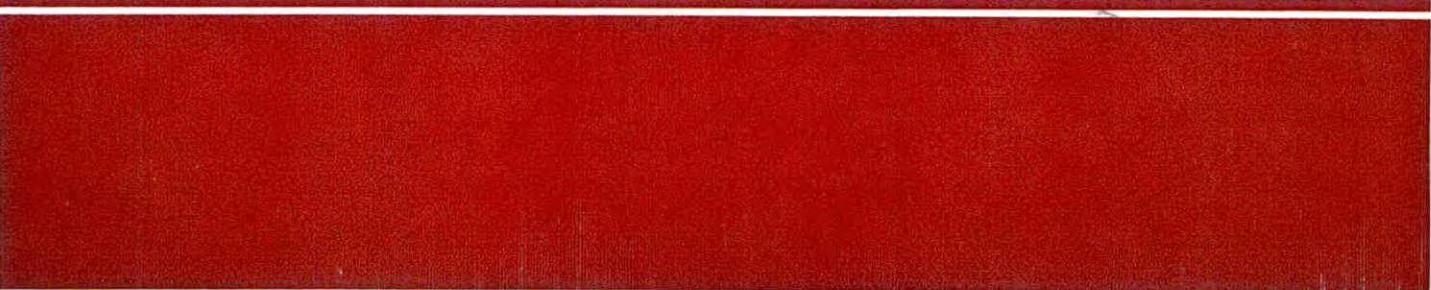
Para Humberto Nogueira Alcalá *“La sentencia de un tribunal Constitucional, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho”* (Nogueira Alcalá, 2010).

Las sentencias constitucionales, por su naturaleza tienen un efecto vinculante, que pueden derivarse de: **a)** la fuerza vinculante de la sentencia contenida en la parte considerativa o motivadora del fallo constitucional, *“ratio decidendi”* del mismo; y **b)** la vinculación *inter partes*. Aspectos a los cuales me referiré, abordando en forma específica el caso de Guatemala.



**EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA SENTENCIA
CONSTITUCIONAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL**

Dr. Hernán A. De León Batista



**El carácter vinculante de la sentencia constitucional
e independencia judicial**

Dr. Hernán A. De León Batista

RESUMEN: Se discute el impacto de las decisiones de los tribunales constitucionales, en su rol de supremo intérprete de la Constitución, sobre los demás poderes del Estado, particularmente sobre el Gobierno –el Ejecutivo- y el Parlamento, en especial cuando sus sentencias versan sobre el sentido y alcance de derechos fundamentales. Se plantea que los precedentes que sientan ese tipo de sentencias no pueden ser desconocidos en la medida que los derechos fundamentales son una barrera infranqueable para los poderes colegisladores.

Palabras clave: precedente, interpretación constitucional, derechos fundamentales.

Introducción

El estudio del Derecho Constitucional es cada día más visible, no solo en las aulas, sino en la propia sociedad en su conjunto, por aquello de controlar o más bien frenar el poder que tienen los gobiernos, la Administración Central sobre los administrados, así como fortalecer, por medio de la Constitución, los derechos y garantías que tienen todas las personas, no solo en cuanto a su contenido literal, establecidos en enunciados jurídicos, sino por medio del reconocimiento dentro del ámbito jurisprudencial, lo que conlleva un esfuerzo interpretativo más científico por parte del juzgador, y en mayor parte, por los tribunales constitucionales, a fin de ponderar principios y valores, tomando en consideración las consecuencias sociales, e incluso, políticas.

En este sentido, son varios los países del mundo, especialmente de la región latinoamericana, que han atravesado por cambios constitucionales

de manera sustancial, ya sea por medio de reformas o mediante el surgimiento de nuevas constituciones, tal como han experimentado en los últimos años Colombia, Ecuador, Bolivia, República Dominicana y México, siendo referentes todos estos países, por lo menos para el caso de mi país – Panamá-, cuya última reforma constitucional fue en 2004, de una Constitución que data del año 1972, y que hoy día ya se levantan voces que exigen reformas constitucionales de manera integral o más bien, una nueva Constitución mediante Asamblea Originaria, en virtud del cambio social que viene experimentado la sociedad panameña en todo sentido, así como redefinir el tipo de Estado que se quiere, en aras de una mayor protección de derechos y garantías.

Es importante recordar que ya desde hace algunos años encontramos en los textos el término “neoconstitucionalismo”, empleado con frecuencia sobre todo en el debate filosófico jurídico, que reenvía evidentemente a “constitucionalismo”, término a su vez usado para indicar al menos tres cosas distintas, aunque conectadas entre sí. En primer sentido, muy lato, “constitucionalismo” reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de constitución como instrumento para limitar el poder político; en un tercer sentido, -estrictísimo y no del todo adecuado- indica (la doctrina de) el derecho constitucional. Puesto que la posición filosófico jurídica denominada neoconstitucionalismo, como veremos, retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en los dos primeros sentidos del término, parecen existir razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de “neoconstitucionalismo”.

La aparición del neoconstitucionalismo puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico liderado, en los años setenta, por Ronald Dworkin. Sin detenerse demasiado en asuntos que son bastante conocidos

con la crítica formulada por Dworkin a Herbert Hart, y en concreto, con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico jurídico una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el derecho no se distingue, necesaria o conceptualmente, de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos. En el amplísimo debate que se ha producido, y que continúa todavía, estos principios han venido adoptando cada vez más la forma de principios *constitucionales*: ya sea en el sentido de ser “incorporados en el documento llamado “constitución”, o bien, más en general, en el sentido de “fundamentos del orden jurídico”.

Así las cosas, el estudio del Derecho Constitucional sigue siendo un tema que mantiene relevancia, que genera mucho debate, intercambio de opiniones interpretativas, incluso, de tensiones. Por ello, la justicia constitucional es hoy, ante todo, una justicia de los derechos fundamentales, principalmente por la obligación positiva y directa de respeto que reclaman sus enunciados jurídicos, que solo se limitan a reconocer derechos y no son producto de la voluntad mayoritaria del legislador o de la soberanía nacional, y también por la creciente tensión que se produce entre los órganos estatales y los individuos, producto de la tendencia hacia la expansión que permanentemente reclaman los derechos esenciales. Como lo afirma el jurista alemán Robert Alexy, la dogmática de estos derechos se construye principalmente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, pues "si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones"¹. Es por ello que, en esta

¹ ALEXY, Robert. *“Teoría de las Derechos Fundamentales”* (traducción de Ernesto Garzón y Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 23.

materia, más que en ninguna otra, es tan relevante el papel que juegan tanto el precedente como la cosa juzgada constitucionales.

Consideramos, en esta introducción, que la escogencia del título de esta ponencia ha sido muy atinada, respecto al carácter vinculante de la sentencia constitucional con la independencia judicial, ya que no podríamos hablar de una sólida sentencia constitucional con sus derivaciones, como es la cosa juzgada, sin que exista una verdadera independencia de los jueces y de los tribunales en su conjunto. Y es que la independencia judicial, constituye un principio fundamental del Estado social y democrático de derecho, como conceptualizaba Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*.

Referente a la independencia judicial, el magistrado presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Dr. Milton Ray Guevara, en su intervención con el tema titulado *Independencia Judicial y Labor Judicial Efectiva*, presentado en el XX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, en Buenos Aires, Argentina, en junio de 2014, señaló que: “La existencia de un poder jurisdiccional que actúe sin presiones ni conveniencias gubernamentales, políticas, económicas o sociales es una garantía institucional para asegurar *“la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”* (artículo 8 de la Constitución dominicana)”².

² www.tribunalconstitucional.gob.do

Sin embargo, en la actualidad, a nivel mundial, la independencia judicial no solo tiene que enfrentarse, y de manera necesaria, a los gobernantes ni a fuertes grupos económicos, sino a nuevos enemigos con agenda oculta, que muy bien el profesor Luigi Ferrajoli ha denominado “poderes salvajes”, como es la criminalidad transnacional organizada o simplemente grupos internacionales que buscan desconocer el principio de la soberanía del Estado y el carácter vinculante de sus decisiones. De ahí que el tema de la independencia judicial esté muy ligado con el carácter vinculante de la sentencia constitucional, porque no hay duda de que, en la psiquis de cualquier juzgador, en algún momento ha tenido presión de cualquier índole, al momento de tomar su decisión, previendo las consecuencias, muchas veces dentro del ámbito político.

Es importante tener presente que el análisis detenido de una sentencia constitucional no puede contentarse solo con el examen material de los fundamentos contenidos en esa exégesis de la Carta Magna, por profundos y relevantes que estos puedan ser; antes bien, debe detenerse en las consecuencias —externas o adyacentes— al caso particular objeto de dicha interpretación.

Para una forma didáctica, en esta ponencia deseamos poner nuestros planteamientos en términos interrogativos: ¿Qué es lo que realiza el Tribunal Constitucional, al interpretar una mencionada disposición constitucional en esa sentencia? ¿Cómo se incorpora dicha interpretación al texto constitucional? ¿Cuál es el grado de fijeza del que debe gozar ese criterio hermenéutico?, y ¿a quiénes obliga? Con estas interrogantes queremos poner en reflexión que no solo se involucran asuntos de derecho sustantivo, que difícilmente pueden darse todos por resueltos a través de la vía constitucional, sino que también se entrelazan problemas de derecho adjetivo que, atendidas las peculiaridades de la justicia constitucional, pueden resultar tan espinosos como los primeros. En particular, para

nuestro análisis resultan relevantes la cosa juzgada material o sustancial de la sentencia constitucional y la técnica de los precedentes que adopte la Magistratura Constitucional, en un momento dado, en especial con las nuevas corrientes interpretativas y a partir del nacimiento de nuevos textos constitucionales, con el consecuente surgimiento de Cortes o Tribunales Constitucionales³.

Por cierto, antes deberemos pasar breve revista a la cuestión primordial que cruza el constitucionalismo contemporáneo: la constitucionalización del derecho y la interpretación constitucional. Y es que desde que ha sido asumido por muchos de nuestros países, donde la tradición jurídica apunta a que la Constitución es una norma jurídica propiamente tal, obligatoria, justiciable y autoejecutiva, y no un mero código de carácter eminentemente político, no puede menos que reconocerse el relieve que la necesaria interpretación de la norma constitucional adquiere en el contexto de la realización de sus enunciados. No por nada ha señalado Rubio Llorente que la teoría de la interpretación es el núcleo central de la Teoría de la Constitución⁴. Analicemos brevemente esta materia, antes de entrar al tema principal que nos atañe.

1. Sobre la constitucionalización del derecho y la interpretación constitucional

En torno a la constitucionalización del derecho, y de manera muy específica, la interpretación constitucional –llamada en algunos textos “interpretación jurídica constitucional”–, deseo hacer una breve reflexión académica, específicamente frente al tema de la constitucionalización del derecho y el impacto de este fenómeno en los procesos de interpretación

³ COLOMBO CAMPBELL, Juan. “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 8, No. 2, p. 66.

⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales). 1993, p. 619.

del derecho, la seguridad jurídica y el poder discrecional –como han señalado algunas veces; pero, en realidad, utilizando una metodología científica de ponderación- de nosotros los jueces, a la luz de las principales ideas de la doctrina constitucional europea y su desarrollo en Latinoamérica. Así tenemos que la doctrina jurídica constitucional se va construyendo a partir del ejercicio o práctica jurídica; debe mirarse lo que hacen los juristas, y a partir de la observación, deducir los conceptos generales de derecho; es así como el ejercicio epistemológico ordena las experiencias, generando el conocimiento. Se busca adelantar un recorrido con las características fundamentales del denominado “neoconstitucionalismo”, sus críticas a favor y en contra y contrastarlo, desde el punto de vista jurídico, con el nuevo ejercicio o praxis constitucional, como respuesta a las exigencias de la evolución progresista del pensamiento jurídico.

En este orden de ideas, tenemos que las exigencias de la evolución y transformación social requieren de un replanteamiento concreto y unificado, que permita que los postulados constitucionales sean una realidad, realidad frente a la cual los ciudadanos de cada nación vean garantizados su dignidad y sus derechos fundamentales. Y para ello, la doctrina jurídica se va construyendo a partir de la práctica jurídica. Según Kelsen, debe mirarse lo que hacen los juristas y a partir de la observación, deducir los conceptos generales de derecho; si se ordenan las experiencias, generando el conocimiento, nos encontramos con un nuevo concepto que ha sido ampliamente debatido, pero que considero sigue siendo de actualidad en el estudio de la ciencia del Derecho y que todavía no se ha agotado, destacando algunos de los puntos más relevantes de la discusión. Veamos.

No existe consenso, como ya señalamos en el apartado de introducción, así que hay muchas versiones que difieren de las características propias del

llamado neoconstitucionalismo, por lo que partiremos de las más comunes. Se pretende comprender y evaluar los elementos esenciales del constitucionalismo contemporáneo, analizar su incidencia en la transformación del derecho desde el iusnaturalismo y el iuspositivismo y la importancia que toma, a partir de este hecho, la teoría de la argumentación. De ahí que considero observemos las líneas del pensamiento jurídico en torno al tema de la validez del derecho y cuál es, a partir de su definición, la relación con la evolución del constitucionalismo, que hoy hace depender la validez del derecho, entre otras exigencias, a su constitucionalidad, es decir, una ley formal es válida si es emitida por autoridad competente, respetando los procedimientos señalados en la Constitución y la Ley, respetando el ordenamiento jurídico y el principio de supremacía de la Constitución.

En resumen, como primera parte, antes de establecer unas líneas de pensamiento sobre el carácter vinculante de la sentencia constitucional e independencia judicial, deseamos hacer una breve reflexión sobre la necesidad o no de constitucionalizar el Derecho, o en otras palabras, según la opinión de algunos estudiosos, la de oponerse a que se instaure una autarquía constitucional que prescinda de la función de derecho común que se ha reconocido a otras disciplinas del Derecho, y por sobre todo, al sistema en su conjunto de que lo que es el Derecho como ciencia, y a su forma de interpretarla, sin el cual la misma Constitución resulta difícilmente comprensible. Un entusiasmo desmedido por la operatividad directa de la Constitución en el Derecho podría generar, para algunos, más problemas que soluciones. Si se ignoran las potestades legislativas y las reglas democráticas que regulan su ejercicio, las supuestas lagunas que se obtienen por el descarte de las normas infraconstitucionales, supletorias muchas, son colmadas, no por los preceptos constitucionales, cuya finalidad no es la de dirimir conflictos entre particulares, sino por los criterios subjetivos, más o menos plausibles, de juzgadores o intérpretes,

lo cual conspira contra la deseable unidad, coherencia e inteligibilidad del ordenamiento jurídico.

Lo anterior se debe a la llamada "constitucionalización" del Derecho dentro del complejo y heterogéneo conjunto de factores determinantes de la evolución y renovación de esta ciencia, así como de su llamada "interpretación jurídica constitucional".

La misión del intérprete constitucional resulta irresistiblemente creadora, y va mucho más lejos de su función tradicional de ser un traductor fiel del tenor literal de la ley⁵. La interpretación es la producción del sentido del texto constitucional: la producción del sentido es la norma y el texto sobre el que se produce es el enunciado normativo, la disposición. En toda interpretación hay una actividad creadora de derecho, ya que el exégeta jurídico imputa un significado a la disposición que es objeto de la actividad hermenéutica, entre diversos significados posibles⁶. Aun cuando el Tribunal Constitucional no es el único autorizado a interpretar la Carta Fundamental, sí es su intérprete final. En efecto, si bien no goza del monopolio interpretativo, es claro que dicha labor corresponde primariamente al órgano de jurisdicción constitucional, y que en el ejercicio de tal facultad este 'crea' derecho, teniendo claro que no legisla, de manera tal que el contenido de sus sentencias debe considerarse la guía suprema en las materias abordadas respecto de todos los demás tribunales. Si para ello debe echar mano, como creemos que corresponde, de los elementos axiológicos o teleológicos que se desprenden de la

⁵ Este carácter creativo dista mucho de ser una cuestión pacífica. Sin embargo, como apunta DÍAZ REVORIO (1997), p. 326, en materia constitucional es más sencillo encontrar opiniones que sustenten este aserto. La filosofía jurídica ha desarrollado ampliamente las dificultades teóricas y filosóficas que se ven envueltas en la problemática de la interpretación jurídica. De hecho, la historia del pensamiento filosófico-jurídico moderno puede leerse como un continuo en cuyo centro se encuentra la cuestión dogmática de la interpretación del derecho. Véase PRIETO SANCHÍZ, Luis. *"Ideología e interpretación jurídica"*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 548.

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *"Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos"*. Santiago, Librotecnia. 2006, p. 151.

preceptiva constitucional, ello no se debe más que a las peculiares características de la interpretación constitucional, para la cual, como se suele reiterar por los estudiosos del constitucionalismo, no bastan las tradicionales reglas hermenéuticas *iusprivatistas* trazadas por Savigny.

La interpretación debe tener presente aquellos elementos axiológicos que se desprenden de la Carta Fundamental para una adecuada inteligencia de lo que se expresa en ella. En la Ley Suprema, los valores son innumerables, y correcto sería aseverar que no hay precepto alguno de ella que no exprese un valor, no lo asuma, esté implícito en ella o, por último, no sea posible derivarlo de su contexto, del alma de la Constitución. Por ello, si las normas constitucionales contienen valores, la labor del intérprete constitucional es de desentrañar su sentido y alcance para aplicarlas, ciñéndose a los imperativos que ellas contienen.

El papel que juegan los elementos axiológicos en la interpretación constitucional también ha sido recogido ampliamente a nivel comparado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional latinoamericana, porque le aportan vitalidad al texto constitucional en cuanto colaboran a desentrañar y explicitar su verdadero sentido y espíritu. Desde la doctrina internacional nos enseña Bidart Campos, con precisión: "*Cuando una jurisdicción constitucional (...) cree que su función se reduce negativamente a descalificar las normas y los actos contrarios a la Constitución, y no asume que también le pertenece la de intérprete de la Constitución y la de creación judicial en todo el espectro de cuestiones que poseen materia y contenido constitucional (...), cuando ignora que su jurisprudencia sienta doctrina, al fijar cuál es la interpretación constitucional admisible, la jurisdicción constitucional se repliega y se limita en un 'self restraint' (autocontrol) que no reputamos idóneo ni*

conducente"⁷. Mientras que desde la jurisprudencia, a manera de ejemplo, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia –antes de creada la Corte Constitucional- del hermano país señaló: "Si se quiere vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no solo está conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y explicación de las normas positivas, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario al derecho, y a un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia"⁸.

De lo anterior se colige que la labor del intérprete, aunque eminentemente creadora, no es libre y no incorpora nada a la norma constitucional que no haya estado comprendida en ella, al menos en carácter de potencia. Es decir, no incorpora un producto extraído *ex nihilo*. El rol del intérprete consiste en extraer del enunciado constitucional aquello ya presente en el mismo, aun bajo las nociones de valores o principios, que pueden ser todo lo imprecisos que se quiera, pero no por ello menos palpables, para ampliar o restringir sus alcances a aspectos no contemplados con anterioridad, e incluso para extenderse a horizontes no previstos por el constituyente original. La tarea del exégeta, en fin, es extraer del texto su 'voluntad objetiva', empeño que en el peculiar campo constitucional puede llegar a transformarse en una actividad creadora o atributiva incluso en mayor medida que extractiva o descubridora, pues no serán pocas las ocasiones en que dicha voluntad simplemente no exista¹⁴. Evidentemente, esta tesis de creación interpretativa no puede llegar a los extremos de

⁷ BIDART CAMPOS, Germán. "Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro nomine*", en: "El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas". Buenos Aires, Ediar, p. 133.

⁸ Sentencia No. 51 de 1988, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

considerarse íntegramente como una nueva preceptiva adosada a la Carta Fundamental, pues ello implicaría la asfixia de la textura abierta. Es una característica que debe considerarse constitutiva de la interpretación, pues a la vez que posibilita la libertad del intérprete, también establece las guías que orientan el desempeño de esa libertad mediante una cierta clausura que no es otra que la llamada 'alma' de la Carta Magna. Aceptado lo anterior, la cuestión es dilucidar si la interpretación tiene el efecto de incorporar el producto del análisis hermenéutico —cuya estabilidad no está garantizada por norma alguna— en el enunciado normativo del precepto constitucional interpretado con las mismas notas de permanencia de las que gozan las normas constitucionales. Señalábamos que el intérprete —en especial, el constitucional— crea derecho, y lo hace en razón de la peculiar índole de su disciplina, nutrida de particularidades que la hacen especialísima dentro de la dogmática jurídica.

Así las cosas, conforme lo expuesto, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, y de manera muy particular, de la llamada interpretación jurídico constitucional, debe ser observado en el contexto de una serie de tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX, que muchos estudiosos ya han recomendado en infinidad de foros. Dentro de las vías por las cuales opera la constitucionalización del Derecho como ciencia, también debemos hacer referencia a la generalidad de leyes esparcidas en todo el sistema jurídico, examinándose de manera particular la norma constitucional como un caso de conflicto entre particulares, a falta de ley o vacío sobre la misma.

Igualmente, conforme los lineamientos mínimos en torno a la doctrina internacional de los derechos humanos como herramientas del conocimiento hábiles para una revisión crítica del derecho en todo su conjunto, se indaga sobre los fundamentos, concepto y evolución de los

derechos humanos y principios clave como el de igualdad y no discriminación. Se tiene ahora que revisar el sistema universal de derechos humanos, como el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema europeo de protección de los derechos humanos, haciendo hincapié en las opiniones consultivas y jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y se profundiza sobre la influencia de los derechos humanos en el ámbito estatal.

En este sentido, se profundiza el conocimiento sobre los grandes avances observados en los últimos años en torno a la protección de la persona humana, como el reconocimiento del derecho al desarrollo de la personalidad, tanto en el derecho nacional como internacional público y privado. Se analizan los principales elementos de la Teoría de la Persona y de los Derechos Personalísimos, como así también los principios bioéticos y su aplicación a problemáticas concretas como el VIH-sida, transexualismo, hermafroditismo, manipulación genética, entre otros. Y de manera especial, se hace una revisión de los conflictos de las personas con padecimientos mentales, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a fin determinar su legitimidad en actuaciones contractuales.

2. La fuerza del precedente constitucional

El solo planteamiento de las consideraciones anteriores nos remite a la distinción que frecuentemente se plantea entre los sistemas concentrados de control de constitucionalidad y los sistemas difusos⁹, aunque cada vez es más evidente el proceso de fusión entre ambos esquemas, en especial a raíz de la incorporación del *stare decisis* como un efecto de la sentencia constitucional en ámbitos jurídicos de tradición europea. En este sentido,

⁹ GUASTINI, Riccardo. "Teoría e ideología de la interpretación constitucional" (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta), 2008, p. 47.

consideramos que la doctrina del precedente juega un rol indiscutible en la creación y desarrollo de una auténtica jurisprudencia constitucional.

Los efectos de sus sentencias no se limitan a la mera determinación de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una determinada norma concreta. Muy por el contrario, están llamadas a tener significativa influencia en el comportamiento de todos los órganos del Estado. La doctrina habitualmente se hace cargo de los efectos que los fallos constitucionales deben tener sobre aquellos otros que dicte la justicia ordinaria, en el habitual efecto vertical característico del *stare decisis*, sin embargo, no debe minimizarse el efecto que esos pronunciamientos jurisdiccionales deben tener sobre todos los demás órganos del Estado, particularmente sobre los poderes colegisladores, en el contexto de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales que hemos planteado es lo que constituye el precedente constitucional. Pero no debe confundirse dicho carácter con el de la cosa juzgada de la que gozan estos fallos -que es la certeza declarada en la sentencia que impide una nueva decisión de fondo sobre el mismo litigio-; ni con los efectos que se derivan de la decisión adoptada en la parte resolutive; ni tampoco con el efecto *erga omnes* propio de la declaración de inconstitucionalidad, que provoca la derogación o abrogación de la norma viciada, según el caso, y que obliga a toda persona, grupo y órgano del Estado; aunque ciertamente, el precedente participa de la cosa juzgada de la que goza la parte resolutive de la sentencia, y también se beneficia del efecto *erga omnes* que se atribuye a los fallos que declaran una inconstitucionalidad.

Si el intérprete 'crea' derecho al pronunciarse sobre eventuales vicios sometidos al control de constitucionalidad de las normas emanadas de los legisladores, entonces, el intérprete constitucional debe procurar en su tarea el máximo rigor posible y la mayor coherencia jurídica que pueda

conservar en el tiempo, tanto respecto de los criterios aplicados a las soluciones concretas como de las interpretaciones de la Constitución que realiza. De no ser así, podría sostenerse que, de su arbitrio, aparte de confusión, estaría emanando mera voluntad política, esto es, estaría 'legislando' sin gozar de las atribuciones soberanas para hacerlo.

Dicho lo anterior, cabe precisar cuál es, entonces, el contenido del precedente constitucional. Valga, al efecto, apuntar la útil precisión que efectúa el profesor chileno Nogueira: "La fuerza vinculante del precedente está relacionada con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, como asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el *holding* o la *ratio decidendi* de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo". La *ratio decidendi*, entonces, "es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a su consideración"¹⁰, dejando fuera de ella todos los demás razonamientos accesorios o circunstanciales. En consecuencia, es únicamente la *ratio decidendi* o los criterios y razonamientos jurídicos centrales plasmados en una sentencia y que han sido el fundamento directo de lo que allí ha decidido una corte constitucional lo que posee valor vinculante como precedente para el propio tribunal en sus decisiones posteriores y, tal vez más importante aún, lo que se constituye en la doctrina que debe orientar las decisiones del resto de los órganos del Estado, puesto que ha surgido de la jurisprudencia de quien es el intérprete último de la normativa constitucional. Ha dicho Guastini: "La interpretación del Tribunal Constitucional, a su vez, no puede ser revertida por nadie. Una reforma constitucional, desde luego, puede revertir su decisión sobre la ilegitimidad

¹⁰ NOGUEIRA, op. cit., p. 169.

constitucional, pero no su interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional no consiste en cambiar la interpretación de la Constitución, sino su texto"¹¹.

Además, el precedente tiene un rol fundamental en el orden político y social, en la medida que permite dar consistencia y previsibilidad a la interpretación del ordenamiento jurídico constitucional y cumplir con ciertos estándares de razonabilidad y universalidad en la aplicación de la preceptiva constitucional, con la consiguiente ganancia en términos de la certeza jurídica que se obtiene, de tal manera que al lado de la cosa juzgada habría también una muy útil 'cosa interpretada'.

Por supuesto que el respeto al precedente no significa, en ningún caso, una total sujeción a él por parte del Tribunal Constitucional, o su absoluta inmutabilidad en el tiempo. Es legítimo apartarse de la doctrina asentada por el precedente en una materia determinada, si hay un razonamiento que justifique el cambio de criterio. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen. La sujeción al precedente debe constituir la regla general. Solo razones poderosas justificarían desechar una doctrina previa. Para proceder a desestimar un precedente, un tribunal constitucional tendría que explicar las razones del giro y fundamentar adecuadamente su nueva interpretación.

Podría pensarse la propuesta de dos precisiones para justificar un cambio de doctrina jurisprudencial: la primera es que debe reconocerse una mayor estabilidad a las interpretaciones en materia de delimitación de potestades que a aquellas que versan sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales de la persona humana; la segunda es que solo se justificaría desestimar un precedente cuando este revela ser errado y

¹¹ GUASTINI, op. cit., p. 47.

además produce graves distorsiones o problemas para la aplicación del derecho, por lo que se justificaría la dualidad de tratamiento en el mayor rango constitucional que poseen los derechos fundamentales, de modo que allí donde la materia es más sensible, menos razones hay para justificar la perseverancia en el error.

Además, consideramos poco relevante poner de relieve que la doctrina de los derechos humanos es una materia que dista de suscitar consenso en cuanto a sus fundamentos últimos -y también respecto a sus alcances concretos- abonándose en su terreno frecuentes polémicas en las que difícilmente puede aplicarse un criterio maniqueo de acierto o error. De ahí que se considere que la jurisprudencia que emane de la Magistratura Constitucional deberá, por ende, estar siempre acompañada de fundamentaciones rigurosas y sólidas, virtudes difícilmente conciliables con la falta de estabilidad y permanencia. Por cierto, no cabe menospreciar el rol que juega la mantención de los criterios y razones jurídicas que fundan las decisiones de la justicia constitucional, en la certeza y seguridad jurídica de todos aquellos a quienes les afectan o importan las materias resueltas en sus fallos y, en última medida, en la previsibilidad de los pronunciamientos judiciales que le incumben a la sociedad en su conjunto, particularmente cuando se refieren al contenido esencial o bien al alcance de los derechos humanos.

Por lo anterior, algunos estudiosos del derecho constitucional proponen en las cartas fundamentales que para la existencia de una certeza jurídica se debe exigir al intérprete, sea quien sea, que respete a toda costa el principio de supremacía constitucional y, por ende, los derechos fundamentales que ese principio salvaguarda.

3. Irreversibilidad de la sentencia constitucional

En torno al carácter o fuerza vinculante de la sentencia constitucional, incluso, para la propia magistratura constitucional que las dictó, en un efecto que podríamos denominar reflejo, pero también, y tal vez más significativamente, en su conexión y fuerza respecto de los demás órganos del Estado, dicho efecto nos remite al siguiente cuestionamiento: ¿puede legítimamente una corte o tribunal constitucional desestimar un precedente que establece una cierta interpretación acerca del contenido material de un derecho fundamental, para imponer, acto seguido, una interpretación restrictiva o simplemente abrogatoria del mismo? Resulta bastante evidente, a juicio nuestro, que un pronunciamiento hermenéutico de ese tenor, en sede de jurisdicción constitucional, por el solo hecho de emitirse, constituiría un atentado contra los derechos fundamentales. Es decir, una vez efectuado el reconocimiento de un derecho humano o fijados su sentido y alcance, sea que se haga por la vía normativa o jurisprudencial, simplemente ya no hay vuelta atrás. Esta doctrina es ampliamente conocida en materia de derechos humanos: recibe el nombre de 'principio de interdicción de regresión' o simplemente 'principio de no regresión', y se funda en el mero examen de los presupuestos requeridos para que un derecho pueda considerarse fundamental. En efecto, la doctrina en materia de derechos humanos enseña de manera unánime que ellos son anteriores a la legislación e inherentes a la persona humana, y que, a las legislaciones, tanto internacionales como domésticas, solo les cabe reconocerlos, enunciarlos, asegurarlos y garantizarlos.

No es el fomento de los derechos humanos ni la conveniencia práctica lo que funda esta prohibición de volver atrás, sino que son la congruencia y la lógica natural y jurídica las que impiden efectuar una regresión desde que se ha reconocido un derecho fundamental o se han fijado sus alcances y delimitado sus contornos. Al respecto ha señalado Nikken: "Una vez que

un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental"¹².

De este carácter de atributo inherente se deriva que "la irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de su propio texto o de un tratado internacional, ya que los derechos son inherentes a la *dignidad de la persona* humana y el texto constitucional solo los asegura y garantiza"¹³. En consecuencia, respecto de los derechos esenciales solo cabe la progresión, en ningún caso la regresión; permitiría constituiría en sí misma una violación flagrante del derecho ya reconocido y desmoronaría el andamiaje jurídico completo sobre el que se sustenta la dogmática de los derechos humanos. No parece desmesurado, entonces, plantear que aun cuando un derecho esencial fuera eliminado del catálogo de derechos reconocidos y asegurados formalmente por la Constitución, este seguiría obligando igualmente a los órganos del Estado, en carácter de derecho implícito.

Desde la doctrina latinoamericana más conspicua, Bidart Campos nos ilustra: "Una primera limitación que juzgamos nociva y reduccionista del rol de la jurisdicción constitucional la hallamos en la creencia que proviene de suponer que un sistema de derechos humanos requiere

¹² NIKKEN, Pedro. "El concepto de derechos humanos", en: "Estudios básicos de derechos humanos, Tomo I" (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos), p. 24.

¹³ NOGUEIRA, op. cit., p. 275.

inexorablemente, para su reconocimiento, su funcionamiento y su tutela, constar siempre en normas escritas, de forma que si la norma falta o no existe, la carencia o el vacío significan la recíproca ausencia del derecho omitido en la normatividad. Constituciones que contienen una norma sobre derechos implícitos están llamándonos la atención sobre lo inadecuado y erróneo, a la par que injusto, de la limitación que apareja una interpretación de aquel tipo, porque dan hospedaje benévolo a derechos no enumerados cuya fuente radica en el sistema democrático"¹⁴.

Respecto a lo anterior, es decir, al valor implícito de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos constitucionales, en cuanto se alzan como límite a la soberanía incluso para el poder constituyente, y con el mérito de haberlo aseverado con décadas de anticipación, se ha señalado que si un texto autoriza a entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre.

En consecuencia, podría decirse que una reforma legislativa, cualquiera sea su rango, que tenga por efecto, de manera directa o indirecta, la eliminación o degradación de esos derechos esenciales, es una reforma que carece de total validez jurídica, pues no está permitido al constituyente derivado socavar la estructura material del Estado Constitucional y Democrático de Derecho que, en último término, radica y se edifica en el respeto de la dignidad de la persona humana, encontrando en ella su fundamento y su legitimidad, tal como es el caso de Panamá, donde en su preámbulo establece, taxativamente, "Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad

¹⁴ BIDART, op. cit., p. 131.

institucional, 'exaltar la dignidad humana', promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios".

Bien podría decirse que el respeto a los derechos esenciales reconocidos por el Código Político, en consecuencia, se levanta como una barrera infranqueable frente a la voluntad del constituyente, de forma tal que, además de los límites formales y de procedimiento que la propia Constitución le impone, y ciertamente muchísimo más importante que ellos, el reformador constitucional encuentra en los derechos esenciales un óbice de carácter sustantivo que, al mismo tiempo que le exige su constante afirmación, también le prohíbe conculcarlos, degradarlos y menos derogarlos. Ello, por lo demás, es lógico, si se atiende a que el contenido esencial de los derechos fundamentales es una realidad previa a su reconocimiento constitucional y que los ordenamientos jurídicos de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho, luego de reconocer estos atributos esenciales de la persona, suelen establecer una prohibición al legislador para que, en su legítimo afán de regularlos o de restringirlos, no afecte la esencia de estos derechos ni tampoco les imponga condicionamientos que impidan su libre ejercicio.

La Constitución Política de Panamá, de 1972, tuvo sus últimas reformas en el año 2004; pero muy precisas y más bien para el tema del Canal de Panamá; sin embargo, trajo consigo una modificación de mucha relevancia respecto a la protección de derechos fundamentales, específicamente al adicionar un segundo párrafo al artículo 17 constitucional que siempre en las aulas de clases se enseñaba, a raíz de decisiones de la Corte, que dicho artículo era una norma programática.

La norma señalaba así:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley”.

Como se expresó, a dicho artículo se le introdujo un párrafo cuyo contenido hace que la propia norma deje de ser programática, como se venía señalando por parte de la Corte.

El párrafo añadido es el siguiente:

“Los derechos y las garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

Con esta pequeña reforma a este artículo constitucional, se salva de manera integral el tema de la interpretación de protección de derechos fundamentales, ya que de existir nuevos valores y principios en la sociedad que recojan, incluso, nuevos derechos, garantías, bajo el principio de exaltación de la dignidad humana.

Por cierto que la configuración de la esencia de un derecho está implícita en el enunciado normativo de la Constitución o Tratado que lo reconoce, pero la explicitación de sus contornos tiene que estar entregada a los tribunales, particularmente a la magistratura constitucional, en el caso de los derechos fundamentales, pero no así al legislador, pues si la labor de determinar qué es lo esencial y qué es lo marginal en un derecho se confiara a este -que es el primer interesado en regular los derechos, potestad que tiene la obvia consecuencia potencial de afectarlos-, entonces

el límite impuesto al ejercicio de la soberanía en la Constitución sería efímero, ya que la discrecionalidad legislativa podría determinar que es marginal aquello que en verdad es esencia de un derecho y, por esta vía, legitimar su potestad de afectación.

En el sistema internacional de derechos humanos existe una notoria unanimidad respecto a este predicamento. Como ha señalado Cervati: "Existe un núcleo de principios inderogables, incluso para las mayorías que pudieran reformar la Constitución. Este núcleo inviolable comprendería tanto los principios fundamentales del ordenamiento constitucional como los derechos inalienables de la persona humana"¹⁵.

Así también lo ha sostenido la doctrina nacional chilena, ya comentada por el profesor Nogueira: "La dignidad del ser humano es el *minimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna (...). La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad"¹⁶, o ciertamente, agregamos nosotros, los derechos emanados de ella.

Si, como señalábamos, en materia de derechos fundamentales la revocabilidad de la interpretación se topa con el obstáculo insalvable de la naturaleza específica, no ya de la interpretación constitucional, sino de la doctrina de la inherencia de los derechos humanos, haciendo inconcebible la reversibilidad de su reconocimiento en cuanto derechos, y aceptamos por coherencia que un efecto sustancial de reconocer un derecho esencial de la persona humana es su inclusión permanente en el ordenamiento

¹⁵ CERVATI, Ángel Antonio. "El legislador de los derechos fundamentales", en: LÓPEZ PINA, Antonio, "La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia". Madrid, Editorial Complutense, p. 55.

¹⁶ NOGUEIRA, op. cit., p. 225.

jurídico, con notas de perennidad e intangibilidad en cuanto tal, no cabe menos que detenerse a considerar cuáles son las obligaciones que se desprenden de la sujeción a la justicia constitucional para los órganos legislativos, cuando de derechos fundamentales se trata.

Señalamos así que en un Estado Constitucional de Derecho ha de existir una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal y hacerlas obedecer, si fuere necesario.

A este respecto es muy importante destacar el artículo 206 final y 207 de la Constitución Política de Panamá, que establece que: “Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones (...) son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial”, y que “no se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas”.

En otras palabras, la norma constitucional panameña da a entender que todos, absolutamente todos, incluso, los órganos del Estado, están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal –Corte Suprema de Justicia o sus Sala- resuelva, con el fin de que prevalezca la certeza y seguridad jurídica que reclama la necesaria estabilidad político jurídica en cualquier sociedad.

De este modo, la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, dentro del marco institucional que le es propio, debe considerarse parte integrante de la propia Constitución y, por ende, vincula directa y obligatoriamente a todos los órganos del Estado y, además, cuando aquellas interpretaciones recaigan en materia de los derechos esenciales que emanan de la

naturaleza humana, constituye un límite a la soberanía y, por tanto, al ejercicio de la potestad de esos mismos órganos.

Aunado a lo anterior, el artículo 4 de la Constitución Política de Panamá es de mucha relevancia, al disponer que: “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

Sobre lo anterior, la Corte ha interpretado, y así lo ha expresado en sus decisiones, que se trata de aquellos tratados o convenios que han sido ratificados por el país y no todos, de manera general. De ahí que en un documento contentivo de borrador o anteproyecto de reformas constitucionales del año 2011 que se entregara al presidente de la República, por parte de una Comisión Redactora, de la cual este servidor formó parte, se hacía hincapié en este señalamiento para no dejar la norma a interpretaciones ambiguas o antojadizas, y un respeto mayor a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

En el sustrato de esta preceptiva constitucional está la idea, fuertemente arraigada en el constitucionalismo tradicional, que las constituciones son, ante todo, instrumentos del derecho para contener el poder del Estado, por eso, incluso más importante que el reconocimiento o afirmación explícita de un cierto catálogo de derechos, es que consideren las instituciones que permitan limitar el ejercicio del poder de los órganos del Estado. Si la contención de los poderes estatales se logra en una medida razonable, ello redundará en la protección de los derechos de las personas y en el afianzamiento de las libertades públicas subsiguientes. Por otra parte, dicha norma recoge el desarrollo político y jurídico que ha venido experimentando en las últimas décadas, paulatina pero sostenidamente, el sistema internacional de los derechos humanos.

4. A propósito de la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional

Es importante tener presente los efectos de la decisión vinculante de una sentencia constitucional, especialmente para el órgano legislador, donde el mismo no debería pasar por alto lo decidido en una sentencia constitucional que cuenta con fuerza de cosa juzgada material, que produce efectos *erga omnes* y respecto de la cual no procede recurso alguno, es decir, para aquellos casos donde el tribunal constitucional ha expulsado una norma del ordenamiento jurídico y el Órgano Legislativo o Parlamento crea una nueva ley con ciertas modulaciones o matices respecto al contenido de la que ya había sido declarada inconstitucional, ya que el mismo está en la obligación de respetar el principio de supremacía constitucional –pese a que en el caso de Panamá no está establecido de manera expresa ese principio- porque resulta del todo improcedente, a nuestro juicio, que dichos poderes –poderes colegisladores- en el ejercicio de la potestad libre de la que gozan para configurar el ordenamiento jurídico, según su legítima voluntad y el juego de mayorías y minorías, dejen de considerar los precedentes establecidos por la Magistratura Constitucional, en su tarea de interpretación jurídica, realizada en su rol institucional de exégeta final de la Constitución y, por la vía de aprobar una ley, en los hechos socaven los fundamentos y contenidos de una decisión de la justicia constitucional.

Tratándose una sentencia de un pronunciamiento sobre derechos fundamentales, es pertinente enfatizar aquí que, para dichos poderes colegisladores, al igual que para el Estado en su conjunto, es imperativo el dogma constitucional que les exige estar al servicio de la persona, y les impone como finalidad promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales.

Precisemos que un fallo de inconstitucionalidad dictado por un Tribunal Constitucional, a juicio nuestro, debería indagar respecto a los potenciales efectos o consecuencias de la norma en análisis. Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional? Evidentemente, a nuestro entender, la aplicación a un caso de criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, como el principio *pro homine*¹⁷ a que recurre un fallo –en muchas ocasiones-, pues dicha aplicación será necesariamente una materia prudencial y de aplicación casuística, aunque el recurso a dicho principio ha quedado legitimado en su eficacia normativa hacia el futuro.

Dicho esto, surge una nueva cuestión. ¿Puede una ley sanear el vicio de inconstitucionalidad? Esta pregunta nos remite nuevamente al contenido material de la sentencia constitucional: el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es de fondo, es decir, versó sobre los métodos mismos que podían resultar lesivos a un derecho fundamental, a manera de ejemplo – en los casos de aborto- o de los famosos casos de la llamada ‘píldora del día siguiente’, el bien jurídico más tutelado, que es la vida.

Nos preguntamos también, a manera de reflexión: ¿acaso puede la consagración legal de una norma despejar la duda razonable que fundó la declaración de inconstitucionalidad? En mi humilde criterio, considero que no. El vicio que afectó una normativa legal y que persiste en una nueva ley, así como en cualquier otra, sea cual sea su rango –llámese un Decreto, Reglamento, etc.-, que persevere en violentar la exaltación a la dignidad humana –tal como lo establece el preámbulo y el artículo 17 de la Constitución de Panamá, ya citados-, en especial el derecho a la vida, a manera de ejemplo como un derecho fundamental, en cuanto estos ya

¹⁷ Este principio indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera que sea la fuente que suministre esa norma –internacional o interna-. Véase BIDART, op. cit., p. 13.

fueron considerados inconstitucionales, si fuese el caso, por el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, a los poderes colegisladores les está vedado reproducir el contenido material o jurídico de un acto que fue declarado inconstitucional, por razones de fondo, mientras subsistan en la Constitución las mismas normas que sirvieron de fundamento a la declaración de inconstitucionalidad. Con la consideración adicional de que, en este caso, los enunciados normativos que fundaron el vicio de constitucionalidad se refieren a derechos esenciales y, por ende, no pueden ser eliminados de nuestra Constitución y, aunque lo fueran formalmente, igual seguirían vigentes en carácter de derecho implícito, pero con la misma fuerza vinculante. En efecto, el respeto a las competencias propias de cada órgano del Estado exige que el legislador no pueda invadir las materias que son de competencia de otros de esos órganos, pues ello importaría violentar no solo las reglas de la Carta Fundamental, sino que además supondría ignorar los valores expresados en ella y que han sido recogidos en la interpretación axiológica que una Magistratura Constitucional debe propugnar.

Adicionalmente, procede preguntarse: ¿a quién le corresponde efectuar una revisión de las circunstancias que sostienen la resolución del conflicto? Consideramos que si el máximo intérprete de la Constitución ya se ha pronunciado, sopesando dichas circunstancias, no corresponde a los órganos legislativos cuestionarla sin más, pues ello violentaría los fundamentos mismos del Estado de Derecho, en cuanto implicaría la revisión de los fundamentos de su resolución y del contenido de su decisión y, por tanto, pugnaría con la adecuada separación e independencia entre los poderes del Estado y el respeto orgánico que debieran dispensarse los unos a los otros en las esferas de competencia que les son propias y, por ende, sería contrario a la Constitución. Por

supuesto que no puede extremarse lo señalado hasta el punto de plantear un cercenamiento de las atribuciones del órgano legislativo; la irrevocabilidad de la interpretación que se ha hecho, a manera de ejemplo, del derecho fundamental a la vida que planteamos, no estará a salvo de la 'objeción democrática' que frecuentemente se esgrime para impugnar los poderes del Tribunal Constitucional, ni tampoco, por cierto, estará exenta de una importante cuota de *judicial activism*. Frente a estos cuestionamientos, solo podemos oponer la aplicación de su contrapartida teórica: la aplicación consciente de la doctrina de la *judicial restraint*.

De este modo, una solución que quiera ser armónica con las bases de la institucionalidad del ordenamiento constitucional y con nuestro Estado de Derecho no podrá más que colegir que solo podrá serlo si existen nuevas circunstancias que ameriten desestimar el fallo pronunciado; en la especie, si surge nueva evidencia que permita al propio Tribunal Constitucional despejar la duda razonable acerca del tema de derecho fundamental en debate. Nueva evidencia que, reiteramos, debiera ser sopesada únicamente por dicha Magistratura y nunca por otros poderes del Estado, pues si estos tuvieran la capacidad de revisar los hechos que dieron sustento a uno de sus fallos, entonces simplemente su eficacia se vería conculcada, con la consecuente pérdida para el Estado de Derecho.

Respecto a esta eficacia, entra entonces al ruedo la denominada independencia judicial, donde los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y la Ley (artículo 210 de la Constitución Política de Panamá).

5. Independencia judicial

Mucho se ha hablado, a través de los años, sobre la independencia judicial, donde hoy día, con la Internet, podemos encontramos miles de

sitios web que desarrollan este tema, que no deja de estar agotado y que siempre es objeto de quebranto en algunos países y que es incomprendido especialmente por la clase política; sin embargo, como materia de ponencia, la misma está muy entrelazada con lo relativo a la justicia constitucional, y de manera particular, con el carácter vinculante de la sentencia constitucional, tal como expresamos en la introducción, aunado que una columna vertebral de todo sistema de justicia es la fortaleza de la independencia judicial, y en muchos casos, de la llamada Carrera Judicial, que tenga incluso un respaldo en rango constitucional, a fin de que los jueces no tengan intromisión de ninguna índole, así como tener una legitimación en sus decisiones, porque todavía hoy se critica y cuestiona es que jueces no elegidos por el voto popular tienen la competencia para anular actos emanados del Poder Legislativo, órgano donde reside el mayor nivel de legitimidad democrática.

En este sentido, para dar efectividad a esa legitimación de una sentencia constitucional, principalmente, la misma debe fortalecerse a través de la correcta motivación y argumentación de las decisiones, existiendo una adecuada valoración y ponderación, y lo principal, siendo coherente con el precedente, a fin de dar paso a la certeza y seguridad jurídica, ya que de no ser así, el sistema de justicia sería objeto de crítica y en alguna medida deslegitima los fallos; pero esta tarea de coherencia conlleva un proceso científico de desarrollo argumentativo que no puede hacer un juez principiante, por eso el reconocimiento de ese viejo principio de que un juez debe fallar bajo la sana crítica, experiencia y lógica, que en los países que mantienen un desarrollo más consolidado de la Carrera Judicial, al juez se le prepara para ser eso, juez.

Nos resulta interesante observar, en la Constitución de la República Dominicana (2010), en su artículo 184, que las decisiones del Tribunal Constitucional: “(...) son definitivas e irrevocables y constituyen

precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”; aspecto este último –que constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado- que está ausente de manera expresa para el caso de mi país –Panamá-, lo que, en definitiva, a mi criterio, para fortalecer la seguridad jurídica, y en especial, la independencia judicial, sería prudente la redacción de una norma en ese sentido, ya que solo se señala que tres sentencias en iguales condiciones hacen doctrina probable; pero no se lleva de manera estricta una forma de tesis o de precedente, lo que debilita el sistema en cuanto a la certeza judicial y por ende, ser sujeto a críticas los tribunales, y que las nuevas y modernas corrientes de derecho constitucional, en especial en el sistema de derecho europeo continental, establece la importancia del precedente, al menos fáctica, tal como lo enseña el profesor alemán Robert Alexy.

Por otro lado, podemos afirmar que en muchos de los países latinoamericanos todavía cuenta en sus sistemas que existe resistencia para aceptar que los tribunales también crean derecho y que actualmente no son la boca que pronuncia la ley, como lo entendía Montesquieu; en la práctica, se trata de concepciones incuestionablemente superadas. La fuerza vinculante de los enunciados generales que se extrae de las decisiones y el consecuente carácter de norma jurídica es una realidad que ha quedado concretizada en nuestro ordenamiento, con la consagración de mecanismos concebidos para sancionar, con la nulidad de la sentencia, las infracciones que se cometan contra los mismos, las cuales se tipifican cuando un juez de menor jerarquía no aplica un precedente de un tribunal superior, o cuando un tribunal no respeta sus propios precedentes, resolviendo casos sustancialmente iguales de manera diferente, en detrimento del principio de igualdad, del principio de seguridad jurídica y de la unidad del derecho.

Conclusión

La interpretación del Tribunal Constitucional, mientras no sea revocada por un nuevo criterio emanado del mismo órgano, es parte de la propia Constitución, y está llamada a tener significativa influencia en los órganos del Estado. Los criterios y razonamientos jurídicos centrales, que son fundamento directo de la decisión plasmada en una sentencia constitucional, tienen fuerza vinculante como precedente y obligan al propio Tribunal Constitucional en sus decisiones futuras, así como al resto de los órganos del Estado, particularmente al poder Ejecutivo y al poder Legislativo. El precedente entrega estabilidad a las razones jurídicas que fundan las decisiones de justicia constitucional y es clave para la certeza jurídica y la previsibilidad de los fallos judiciales, sobre todo cuando se refieren a derechos humanos.

El precedente de una sentencia constitucional reside en reconocer derechos fundamentales, en el cual no cabe la regresión, pues esta constituiría en sí misma una violación al derecho base que se encuentra en la cúspide de la humanidad, con el consiguiente desmoronamiento del andamiaje jurídico sobre el que reposa toda la dogmática de los derechos humanos.

Más aún. Si un derecho fundamental fuera degradado o eliminado del catálogo de derechos reconocidos y asegurados formalmente por la Constitución, por medio de una reforma legislativa, cualquiera sea su rango, este derecho igualmente seguiría obligando a todos los órganos del Estado en carácter de derecho implícito, pues los derechos humanos reconocidos por el Código Político son una barrera infranqueable para los poderes colegisladores. En consecuencia, no corresponde a los órganos con atribuciones legisladoras excusarse en el proceso de formación de la ley para cuestionar una sentencia del Tribunal Constitucional -que goza de

cosa juzgada material y que produce efectos *erga omnes*- ni tampoco para revisar sus fundamentos o contenido. Los poderes colegisladores no pueden sostener en una ley el contenido material de un acto declarado inconstitucional por razones de fondo mientras subsistan las normas que fueron fundamento de su inconstitucionalidad. Con la consideración adicional de que la norma que fundó la inconstitucionalidad versa sobre derechos esenciales y, por ende, no puede ser eliminada de nuestra Constitución y, aunque lo fuera formalmente, igual seguiría vigente, en carácter de derecho implícito, pero con la misma fuerza vinculante.

Referencias

ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 607 pp.

BIDART CAMPOS, Germán (2000): "Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro nomine", en: BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (Coord.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas* (Buenos Aires, Ediar) pp. 11—22.

BIDART CAMPOS, Germán (1994): *La interpretación del sistema de derechos humanos* (Buenos Aires, Ediar) 269 pp.

CERVATI, Ángel Antonio (1991): "El legislador de los derechos fundamentales", en: LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (Madrid, Editorial Complutense), pp. 51—75.

COLOMBO CAMPBELL, Juan (2002a): "Funciones del derecho procesal constitucional", en: *Revista Ius et Praxis*, Año 8, N° 2, pp. 11— 69.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1997): *Valores superiores e interpretación constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 592 pp.

FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos (1992): "Los valores y principios en la interpretación constitucional", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N° 35, pp. 97—109.

GUASTINI, Riccardo (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Traducción de Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, Madrid, Trotta) 102 pp.

NIKKEN, Pedro (1994): "El Concepto de Derechos Humanos", en: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo I (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) pp. 15—37.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006b): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia) 413 pp.

PRIETO SANCHÍS, Luis (1987): *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid, Tecnos, Re—imp. 1993) 146 pp.

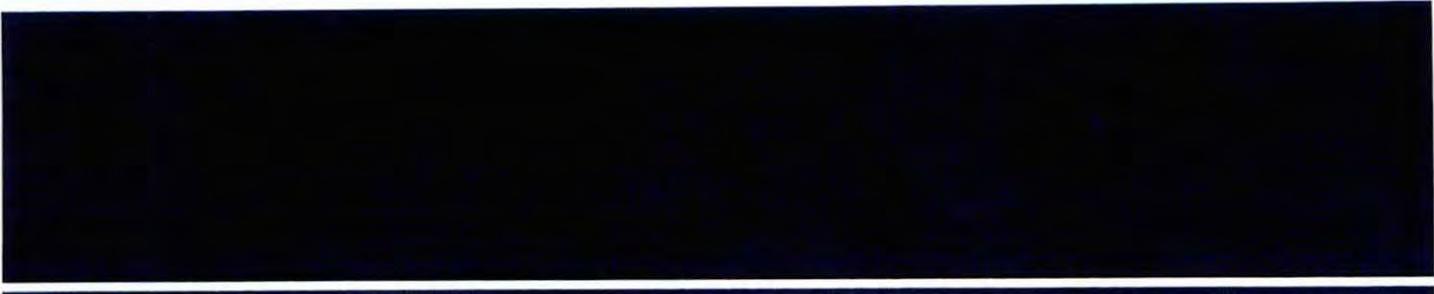
RUBIO LLORENTE, Francisco (1993): *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 689 pp.

Normas consultadas

Constitución Política de la República de Panamá.

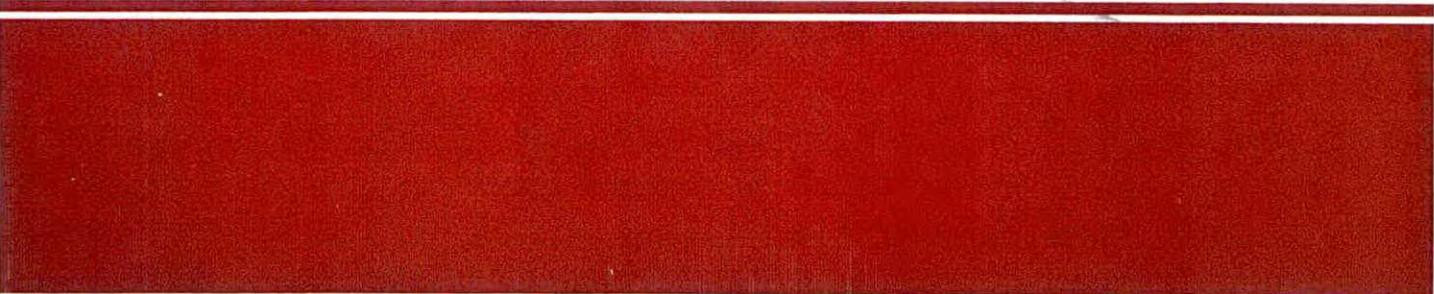
Constitución Política de la República de Chile.

Constitución de la República Dominicana.



**LA MOTIVACIÓN
DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y
FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE:
IMPLICACIONES**

Leyda Margarita Piña Medrano



**La motivación de la sentencia constitucional y
fuerza vinculante del precedente: implicaciones**

Leyda Margarita Piña Medrano

I.- LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1.1.- El redimensionamiento del rol del juez y su impacto en la sentencia

Uno de los rasgos distintivos de la democracia moderna lo constituye, sin duda, la evolución del rol de los jueces. La figura del juez dejó de ser “*boca de la ley*”, como le consideraba el barón de Montesquieu en el siglo XVIII, para transformarse en el “*señor del derecho*”, en el sentido de que sus decisiones jurisdiccionales reinterpretan las normas jurídicas, adaptándolas a las necesidades de la sociedad actual, trascendiendo así la otrora interpretación exegética de los textos legales.

La Ley, como producto legislativo, es concebida de manera distinta, por ejemplo, para el pensamiento neoconstitucionalista, para citar una corriente; se trata de una norma en la cual intervienen tanto el legislador como el juez. Este último interviene para complementarla. La norma ya no es un modelo acabado, que se trasplanta a la realidad; es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto.

Esta característica del juez de nuestros tiempos es ilustrada por el jusfilósofo norteamericano, Ronald Dworkin (2012)¹ al usar la metáfora del “*Juez Hércules*” para describir al juez ideal: un juez que no solo conoce la

¹ DWORKIN, R. (2012). “*El Imperio de la Justicia*”; 2da Ed. Barcelona (ES): Geduda. p. 267; ISBN: 978-84-7432-323-8.

ley, sino también los principios jurídicos de la Constitución basados en su historia, su cultura, su filosofía y la idiosincrasia social.

Este redimensionamiento del rol del juez impacta sobre la sentencia como producto intelectual final de la función de juzgar. La sentencia constitucional, a diferencia de la sentencia judicial ordinaria, no se circunscribe a subsumir los hechos en el derecho para resolver una litis judicial. No solo es un acto jurídico: es eso y algo más. Para el catedrático español Lucas Verdú (1976)², la sentencia constitucional es además un acto político, en cuanto versa sobre normas dictadas por los poderes públicos y establece límites e implica obligaciones para los demás órganos del Estado. Tiene, en consecuencia, una triple perspectiva: acto jurídico, acto constitucional y acto político.

1.2.- Distinción entre la sentencia constitucional y la sentencia judicial

La arquitectura de la sentencia constitucional no difiere estructuralmente de la que caracteriza a la sentencia judicial ordinaria, la cual consta de una primera parte en la cual se identifican las partes y los actos procesales clave, como la demanda, las pruebas aportadas, las actuaciones realizadas por el propio tribunal, las razones declarativas o normas teleológicas y axiológicas del derecho a aplicar, la razón fundamental para decidir el caso (*ratio decidendi*), así como otras razones secundarias y subsidiarias de la principal (*obiter dicta*) y, finalmente, el fallo (*decisum*).

Sin embargo, la sentencia constitucional difiere de la sentencia judicial ordinaria en determinados elementos clave, tales como la naturaleza de la materia a juzgar (cuestiones de alta política constitucional, protección y determinación del núcleo esencial de los derechos fundamentales, etc.); el

² LUCAS VERDÚ, P. (1976) "Curso de Derecho Político"; 3ra Ed. Madrid (ES): Tecnos p. 1495.

alcance y vinculatoriedad de la razón jurídica principal bajo la cual se resolvió el caso (la ratio decidendi) y en cuanto a los efectos de sus fallos (“erga omnes” o para toda la población; “ex tunc” o “ex nunc”, es decir, efectos hacia el pasado o hacia el futuro, respectivamente). La sentencia constitucional también tiene impacto en el ordenamiento jurídico, al producir la anulación de normas (sentencias de inconstitucionalidad); la reducción o ampliación de un texto jurídico (sentencias reductoras o aditivas); la sustitución con carácter transitorio de una norma jurídica contraria a la Constitución, por otra acorde con esta (sentencias sustitutivas) e incluso una reinterpretación del texto constitucional acorde con el techo ideológico de la norma sustantiva (sentencias interpretativas).

La sentencia constitucional, a diferencia de la judicial ordinaria, no solo impacta la vida particular de los ciudadanos en lo relativo al litigio planteado ante el juez, sino que irradia efectos que alcanzan la vida política, social y económica, engendrando grandes transformaciones colectivas y sembrando los hitos del desarrollo social de los pueblos.

1.3.- La sentencia constitucional como acto de “indirizzo político”.

Esta amplia gama de efectos deducidos de la sentencia constitucional y su impacto en la formulación de políticas públicas, ha llevado a una corriente importante de la doctrina constitucionalista a considerar la sentencia constitucional como un acto de “*indirizzo politico*”, término bajo el cual la doctrina italiana se refiere a la capacidad de dirección, por parte de determinadas agencias del Estado, para formular políticas públicas. En efecto, para el jurista peruano Palomino Manchego (2008)³: “*La sentencia constitucional es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en*

³ PALOMINO MANCHEGO, J. (2008) “La Sentencia Constitucional en las Acciones de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Perú”; Revista Jurídica de la UNAM [en línea] (consultado 26 de septiembre 2016). Disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/28.pdf>

unidad de acto, para lo cual el juez de la Constitución cumple una labor interpretativa de alto significado... El fondo de las sentencias en las acciones de inconstitucionalidad es netamente político, de ahí que se sostenga que la sentencia es un acto de neto indirizzo político". Asimismo, el jurista español García Pelayo (1981)⁴, considera que si bien el Tribunal Constitucional no es un órgano público con capacidad para dirigir o formular las políticas públicas del Estado, circunstancialmente sí participaría en el *indirizzo político*, pues sus sentencias inciden en la dirección política del Estado, estableciendo principios configuradores de la unidad política nacional, estableciendo límites y directrices para la acción estatal.

Este tema, acerca de los alcances de la sentencia constitucional sobre la gestión de políticas públicas es complejo y no está exento de controversias dentro de la propia doctrina constitucional. Para autores como el catedrático español Canosa Usera (2002)⁵, uno de los temores que subsiste en la democracia moderna es que el Tribunal Constitucional se convierta en el *"amo de la Constitución"*, debido a su facultad de máximo intérprete de la Ley Fundamental. En cambio, para el jurista español, Pérez Tremps (2000)⁶ el activismo del Tribunal Constitucional estaría justificado debido a que los poderes públicos tradicionales han dejado de cumplir con su misión de formular y ejecutar políticas públicas relevantes para suplir las necesidades sociales, y esto ha creado lo que este autor llama una *"crisis de legitimidad"* que ha venido a subsanar la jurisdicción constitucional. Señala Pérez Tremps, sobre el particular, lo siguiente: *"Lo que ha sucedido en algunos casos es que esos vacíos de legitimidad han sido ocupados, en parte, por otros órganos, especialmente por defensorías de derechos humanos y, por lo*

⁴ GARCÍA PELAYO, M. (1981) "El Status del Tribunal Constitucional"; Revista Española de Derecho Constitucional; Vol. 1, Núm. 1; Enero-Abril, 1981.

⁵ CANOSA USERA, R. (2002) "Interpretación Constitucional y Voluntad Democrática"; en Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. México (Mx): Porrúa, p. 2601.

⁶ PÉREZ-TREMP, P. (2000). "La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a América Latina". Conferencia pronunciada en la Universidad Centroamericana "José Simón Cañas" de San Salvador, El Salvador.

que ahora interesa, por órganos de justicia constitucional, que, ante la falta de “empuje” democrático de los poderes tradicionales, se han visto conducidos a ocupar una posición institucional que no es la que en principio les corresponde;... Este fenómeno de la justicia constitucional como elemento legitimador del sistema tiene un lado positivo por cuanto objetivamente se contribuye a sostener el estado democrático...”.

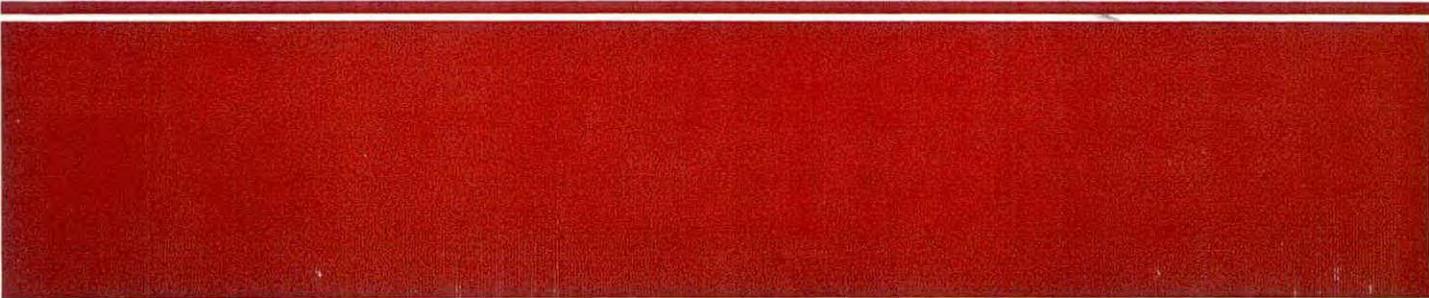
Aún subsisten los temores de que el Tribunal Constitucional eventualmente termine transformado en una especie de Leviatán dentro del Estado. La célebre frase del presidente de la Suprema Corte de Justicia norteamericana en 1930, Charles Evans Hughes: *“La Constitución es lo que los jueces dicen que es”*, debe ser entendida en su contexto, y los jueces constitucionales asumir su relevante rol con responsabilidad democrática, fomentando el culto a la Constitución como su principal credo religioso.

La responsabilidad democrática que se fomenta desde los tribunales constitucionales consiste en la comprensión de sus límites competenciales, procesales e interpretativos. Los tribunales constitucionales, al ejercer sus potestades tienen el deber de respetar el núcleo competencial de otros poderes del Estado; asimismo, en cuanto a lo procesal, está sometido a la Constitución, el bloque de constitucionalidad y su ley orgánica; por otra parte, la jurisdicción constitucional encuentra límites interpretativos en el techo ideológico de la Constitución, que comprende la ideología jurídico-política esbozada por el constituyente. Como se observa, estos límites constituyen una efectiva garantía democrática de que los tribunales constitucionales no son los “amos” de la Constitución, sino sus más fieles guardianes.



RACIONALIDAD Y (AUTO)PRECEDENTE
Breves consideraciones sobre el fundamento e
implicaciones de la regla del autoprecedente

Marina Gascón



Racionalidad y (auto)precedente

Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente¹

Marina Gascón

Universidad de Castilla-la Mancha

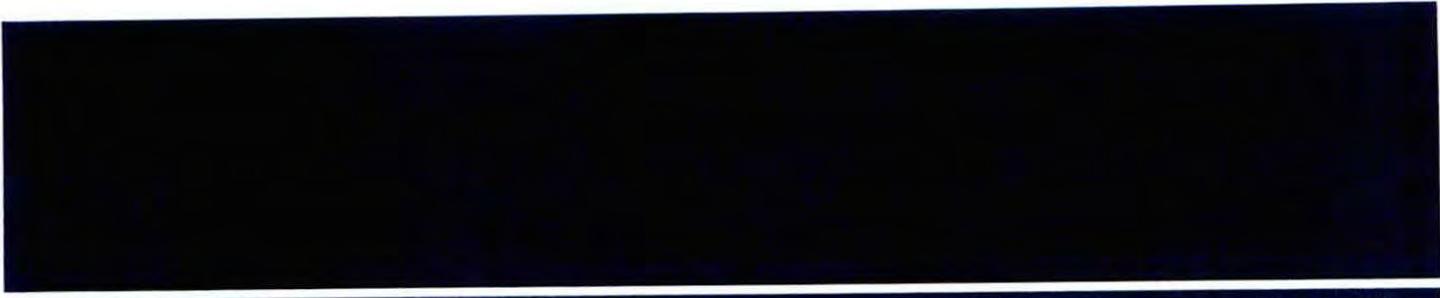
1. Concepto y tipos de precedente.

1.1. Concepto de precedente.

En el lenguaje jurídico, el concepto de “precedente judicial” es polisémico, pues hace referencia al menos a tres cosas diferentes. En primer lugar se refiere, *sensu larguissimo*, a un *caso* judicial previo que vincula a los jueces que en el futuro resuelvan casos semejantes. Naturalmente, para que un caso previo sea considerado un precedente para otro posterior es necesario que se trate de casos *similares*. Ello significa que 1º) la *cuestión jurídica* implicada en el segundo caso es esencialmente la misma que la del primero; y 2º) los *hechos* que han dado lugar al segundo caso son esencialmente análogos a los que configuran el primero. No es necesario que sean idénticos, pero sí análogos en un sentido relevante.

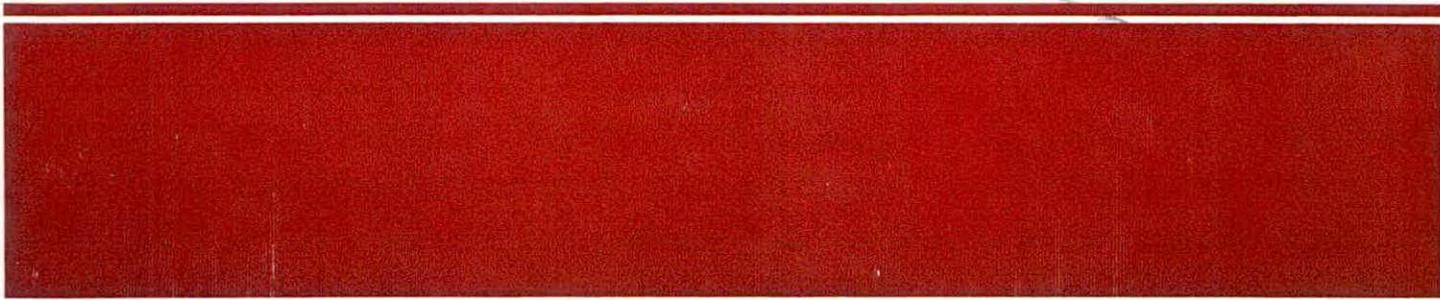
En segundo lugar, el término precedente también se usa, *sensu largo*, para hacer referencia a la propia *decisión* judicial dada al caso. Esta definición de precedente se revela más adecuada que la anterior, pues llama la atención sobre el hecho de que lo que vincula de una cuestión precedente no es el caso sino la decisión provista para el mismo. Y aun así conviene precisar un poco

¹ Este trabajo fue inicialmente publicado en *Teoría & Derecho*, nº 10 (2011).



**ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA Y EFECTO
VINCULANTE: EL CASO COSTARRICENSE**

Marvin Carvajal Pérez



Estructura de la sentencia y efecto vinculante: el caso costarricense

Marvin Carvajal Pérez

Director Jurídico de la Presidencia de la República de Costa Rica

Contenido: Introducción. I- La función jurisdiccional y el poder Judicial costarricense. II- Estructura de las sentencias jurisdiccionales. III- Fuerza vinculante de la norma jurisprudencial. IV- El *stare decisis* y la fuerza vinculante del precedente. V- La fuerza vinculante del precedente en los procesos constitucionales. VI. Partes vinculantes de la sentencia constitucional. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

Tanto en los modelos basados en el derecho anglosajón como en aquellos tributarios de una tradición latina, la cuestión del valor normativo de la regla jurisprudencial y de los precedentes ocupa un lugar destacado. El debate adquiere una mayor relevancia cuando se trata de determinar los alcances de las decisiones dictadas en materia constitucional, tanto en relación con el propio Tribunal Constitucional como con respecto a los demás órganos jurisdiccionales.

En todo caso, no se puede dilucidar este tema sin partir de la naturaleza y efectos de la puesta en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Todo análisis acerca de este instituto debe tomar en cuenta el carácter técnico y contramayoritario de la justicia, frente al efecto cuasi normativo que adquieren las resoluciones de los tribunales constitucionales en aquellos ordenamientos que aceptan el carácter vinculante del precedente.

Es por ello que el debate acerca de cuáles partes de la sentencia puede resultar vinculantes es de la mayor importancia. Si bien cada ordenamiento nacional establece reglas particulares acerca de la estructura y requisitos formales de las resoluciones jurisdiccionales, existe

un cierto consenso doctrinario acerca de cuáles elementos están siempre presentes en las sentencias.

Determinar, entonces, cuáles de las referidas partes son las que conforman el precedente vinculante adquiere una relevancia capital. La respuesta a dicha pregunta tiene una directa relación con el poder político que asume la Justicia Constitucional en una sociedad. Determina, asimismo, el nivel de centralidad o desconcentración de los sistemas judiciales, y tiene una directa incidencia en el valor que se le asigne a la supremacía constitucional.

Cabe, finalmente, preguntarse cuál es el alcance de los efectos producidos por el precedente. Determinar si el grado de sujeción a este es el mismo, sin importar la parte de la sentencia que lo genere o si, por el contrario, varía en cada caso, constituye un tema esencial, con marcadas consecuencias en cuanto a la aplicación del precedente.

En esta breve monografía, se pretende abordar el tema de la relación entre las diversas partes que conforman una resolución jurisdiccional y el efecto vinculante de los precedentes generados por los tribunales constitucionales. Para ello, se hará un especial énfasis en la aplicación del principio en la Justicia Constitucional costarricense.

I- La función jurisdiccional y el poder Judicial costarricense

La función jurisdiccional es aquella competencia pública encargada de resolver los conflictos que se susciten en el orden social. Busca evitar que la violencia privada determine la solución de las controversias, mediante el establecimiento de un servicio público que garantice resultados justos y acordes con el marco normativo vigente, dictados con independencia e imparcialidad.

Se trata de una función exclusiva del poder Judicial (salvo previsión constitucional expresa en contrario), protegida por los principios de independencia funcional, para evitar las intrusiones ilegítimas por parte de

otros poderes y de no delegación, para asegurar que sea imposible la abdicación de las funciones asignadas constitucionalmente. No obstante, como ocurre con las demás funciones básicas del Estado, forman parte del sistema de frenos y contrapesos que establece una serie de relaciones de cooperación y control con respecto a las otras funciones y los órganos públicos que las detentan.

Dentro de esta dinámica de distribución de competencias exclusivas y puentes de conexión entre estas, propio de todo Estado contemporáneo, el poder Judicial costarricense ha sido constitucionalmente reconocido como el detentador exclusivo de la función jurisdiccional, con la única excepción del contencioso electoral, que pese a tener carácter jurisdiccional, ha sido encomendado de manera única al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual constituye un verdadero "cuarto poder", dado el amplio margen de independencia que le asignó la Constitución Política.

En lo que atañe de manera directa al poder Judicial, la Constitución expresamente establece competencias jurisdiccionales especializadas en materias constitucional, contencioso administrativa, civil, penal, comercial y de trabajo, dejando a la ley la determinación de nuevos ámbitos competenciales.

La propia Ley Fundamental determina la garantía de independencia del poder Judicial, tanto en la esfera interna como externa. Dispone también una serie de incompatibilidades para sus integrantes, tales como el ejercicio de cargos en otros poderes públicos, de beligerancia electoral, entre otros.

El nombramiento y remoción de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia es competencia exclusiva de la Asamblea Legislativa, sin designación presidencial, a través del voto calificado de 2/3 del total de sus integrantes. Permanecerán en sus cargos por períodos de 8 años con posibilidad de reelección automática si los 2/3 del total de los diputados no dispone lo contrario.

Los demás tribunales son creados por Ley, y su conformación es dispuesta por el propio órgano judicial a través de concursos por oposición. El nombramiento y cese de quienes ejerzan tales cargos en la judicatura están a cargo de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior del poder Judicial, según la jerarquía del funcionario a elegir o a destituir.

Se trata, pues, de un órgano especializado y dotado de independencia funcional para el ejercicio de la función jurisdiccional. Tiene una naturaleza técnica, y aunque en algunos aspectos, como por ejemplo, en el nombramiento de sus jerarcas, interviene la política, no se trata de un órgano conformado a partir del sufragio popular. Más adelante, se deberá discutir si este carácter contramayoritario incide en la legitimidad del carácter vinculante dado a los precedentes que genera la puesta en funcionamiento de la Justicia Constitucional¹.

II- Estructura de las sentencias jurisdiccionales

Si bien el derecho comparado suele distinguir entre resoluciones de mero trámite, decisiones interlocutorias y sentencias, propiamente dichas, son estas últimas las que revisten especial interés para el presente análisis, ya que en ellas los tribunales constitucionales realizan un análisis del fondo de la cuestión objeto del proceso. Se trata, en opinión de muchos, del momento culminante y del acto a través del cual se ve plasmada la función jurisdiccional del Estado.

En términos generales, toda sentencia contiene una parte expositiva o “resultandos”, en la cual se individualizan las partes y se precisa el contenido del juicio, mediante una descripción de los eventos ocurridos en

¹ CARVAJAL PÉREZ, Marvin. *La configuración constitucional de los poderes del Estado*. Constitución y Justicia Constitucional. Heredia: Escuela Judicial. 2009. P. 168.

el orden procesal, y que conducen al dictado de esa resolución². Se trata de un resumen de las actuaciones procesales desarrolladas en el juicio cuyo resultado está por decidirse.

También consta de una parte considerativa “considerandos”, en la cual se consignan las razones fácticas y jurídicas empleadas por el tribunal, para llegar a la conclusión que da origen a la parte resolutive³. Según señala Gozaíni, “... existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo...”⁴. Constituye, no cabe duda, del corazón mismo de la resolución jurisdiccional, pues encierra el ejercicio dialéctico que lleva a la toma de una decisión que pondrá fin al proceso, y con él, a la controversia planteada por las partes.

Finalmente, por una parte decisoria “por tanto”, que resuelve la controversia puesta en conocimiento del tribunal. Se trata del momento culminante del proceso, en el cual se ve plasmada la decisión jurisdiccional y se imparte justicia. Debe, por tanto, resolver sobre todas las pretensiones esgrimidas en el proceso. En el caso específico de las sentencias dictadas en procesos ante la Justicia Constitucional, es también el lugar en que resolverá acerca de cuestiones accesorias, como el efecto retroactivo de la resolución, la expansión del fallo a otros actos distintos de los impugnados pero conexos a este, entre otros. Es, finalmente, el espacio en que se podrán consignar elementos subsidiarios a la pretensión anulatoria u ordenatoria principal, como lo es, por ejemplo, la interpretación de las actuaciones cuestionadas conforme a la Constitución.

En estudios relacionados con la naturaleza jurídica del precedente jurisdiccional, como el del Montoya, se ha hablado de una diferenciación

² CASARINO VITERBO, M. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. tomo III. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2005. ISBN: 978-956-10-1621-4. P. 97.

³ *Ibíd.* P. 97.

⁴ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar. 1999. P. 246.

entre la razón declarativa-ideológica, en la cual se establece la base normativa y hermenéutica sobre la que se tomará la decisión; la razón suficiente o *ratio decidendi*, o razones que conforman el juicio particular que deriva en el dictado de la resolución; la razón subsidiaria o accidental u *obiter dicta*, compuesta por todos aquellos argumentos accesorios, no directamente relacionados con la *ratio decidendi*, pero que conforman el bloque valorativo de la decisión; y, finalmente, el *dictum*, o parte de la sentencia en que se resuelve la controversia⁵.

La discusión acerca de cuáles partes o aspectos de la sentencia se encuentran potenciados por el carácter vinculante del precedente debe tomar en cuenta estas disecciones. Resulta esencial entender la función que cumple cada una en la construcción de una decisión para la solución del conflicto, para así poder determinar cuáles deben adquirir el carácter normativo que el precedente vinculante da a las resoluciones jurisdiccionales.

III- Fuerza vinculante de la norma jurisprudencial

Antes de discutir acerca del precedente vinculante y tratar de dilucidar cuáles son las partes de la sentencia constitucional que deben ser contemplados bajo tal denominación, resulta necesario efectuar algunas referencias acerca de la doctrina jurisprudencial y su carácter normativo por excelencia.

Se suele denominar jurisprudencia a la norma que se genera a partir de la emisión reiterada de determinados criterios jurisdiccionales, en especial cuando estos son emitidos por tribunales del más alto rango en un sistema judicial. La función jurisdiccional consiste, precisamente, en la creación de normas especiales (aplicables al caso concreto) a partir de la labor de inferencia realizada con base en los moldes establecidos por las

⁵ MONTOYA CHÁVEZ, V. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*, Junio 2008, no. 2007-7, pp. 78, 79.

normas de carácter general. No obstante, la reiteración de fallos en un determinado sentido, capaces de ser agrupados de acuerdo con su contenido temático, genera la creación de nuevas normas generales, ya no las diseñadas por el legislador, sino las desentrañadas (o incluso producidas) por los tribunales.

El artículo 9° del Código Civil de Costa Rica determina que:

“Artículo 9°:

La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena a aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Por su parte, la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone al respecto:

“Artículo 13.- La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”.

Finalmente, el artículo 7° de la Ley General de la Administración Pública, en referencia más genérica a las normas no escritas que informan en ordenamiento jurídico público costarricense, regula:

“Artículo 7- 1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”.

Como se puede apreciar, existe una regulación razonablemente abundante acerca de qué es la regla jurisprudencial, la forma como esta es generada, así como los efectos que produce, difícilmente distinguibles de los generados por el acto normativo legislativo o reglamentario.

La normatividad de la jurisprudencia, en el derecho costarricense, se ve reforzada por la aceptación de la Sala Constitucional, de acciones de inconstitucionalidad dirigidas a atacar la validez de determinadas reglas jurisprudenciales. De ese modo, se ha admitido que la jurisprudencia es pasible de control de constitucionalidad, pese a que, en forma expresa, la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional impiden la revisión, en esta vía, de actos jurisdiccionales⁶. Se excluye de esta posibilidad de revisión la jurisprudencia emitida por la propia Sala.

Es claro, entonces, que la jurisprudencia constitucional conforma el propio bloque de constitucionalidad. Las normas generadas por las decisiones jurisdiccionales tienen el mismo valor de las normas escritas que interpreten, apliquen o aclaren. Lo mismo puede ser dicho con respecto a la jurisprudencia generada por los tribunales supranacionales cuya jurisdicción haya sido aceptada en forma soberana por el Estado, como ocurre, por ejemplo, con la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Menos pacífico resulta el reconocimiento del carácter vinculante del precedente jurisdiccional, pues este no depende la reiteración generadora de normas, sino que implica que se confiera efectos extra partes a una decisión individual, aplicable a un conflicto concreto. Acerca de este instituto nos referiremos a continuación.

⁶ Cfr. sentencias de la Sala Constitucional 1996-03150, 1193-03180, 1994-06694, 1995-05669, entre otras.

IV- El *stare decisis* y la fuerza vinculante del precedente

El *stare decisis* constituye una regla acuñada por el derecho anglosajón, según el cual, los asuntos análogos a aquellos ya resueltos por los tribunales, deben serlo en el mismo sentido del precedente. Parten del enunciado "*stare decisis et non quieta movere*" (estar a lo decidido y no perturbar lo que ya está quieto). Es evidente que el principio reposa en la búsqueda de la igualdad frente a la actuación jurisdiccional, de modo que el seguimiento del precedente conduzca a resoluciones similares para casos análogos.

Considera Montoya que "... al dirigirse a la promoción de la calma y el equilibrio en el Derecho, a través de la interpretación jurisprudencial de la norma jurídica, no es nada más valioso que entender al *stare decisis* como una especie de parámetro normativo que contribuye al resguardo de la seguridad jurídica en el sistema..."⁷.

La jurisprudencia británica y estadounidense han desarrollado en forma profusa el contenido y alcances del *stare decisis*. Se considera un aporte normando al derecho inglés, que toma forma a partir del año 1066 DC. Al comienzo, la regla implicaba una sujeción absoluta de los tribunales (incluso los de máximo rango) con respecto a lo ya resuelto, al punto que la desaplicación del precedente, requería de una regulación estatutaria del Parlamento (Cfr. Cámara de los Lores, *London Street Tramways vs. London County Council*, 1898). Este concepto se fue atenuando en el siglo XX, al punto que, actualmente, se reconoce la posibilidad de adaptar la jurisprudencia a los cambios operados en el orden social⁸.

En los Estados Unidos de América, el principio ha sido, generalmente, entendido en un sentido más relativo. Se reconoce la potestad del juez de apreciar las particularidades del caso al momento de

⁷ MONTAYA, op. cit., p. 75.

⁸ *Ibid.*, p. 75.

tomar su decisión⁹. Es importante destacar que el derecho estadounidense suele distinguir entre *binding precedent* y *persuasive precedent*, entendiendo que no siempre el precedente será estrictamente vinculante, pues ello dependerá del grado de relación existente entre el caso anterior y el que se conoce ahora, así como de la jerarquía de los órganos jurisdiccionales en cuestión¹⁰.

En todo caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha recalcado que le asiste una amplia posibilidad de separarse de sus propios precedentes y reexaminar la doctrina ya sentada, para el nuevo caso puesto en su conocimiento (Cfr. Suprema Corte de los EUA, *Smith vs Allwright*, 1944)¹¹. En sentido similar, *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.*, 1932¹². Se estima, sin embargo, que desde las dos últimas décadas del siglo XX, la Suprema Corte retomó el criterio favorable a la fuerza vinculante del precedente, tal y como se puede apreciar en el caso *Roe vs Wade*, de 1992, pese a lo polémico del tema en discusión frente a la ubicación ideológica de los jueces¹³.

El *stare decisis* genera, sin duda, un efecto normativo a las decisiones jurisdiccionales anteriores. Lo anterior pese a que el poder Judicial carece de un carácter representativo como el que ostentan los parlamentos, y a que su intervención en la dinámica democrática ocurre más en la etapa de aseguramiento y preservación que en la de otorgamiento de legitimidad.

No resulta extraño que el instituto tenga casi tantos detractores como defensores. A favor, se dice de él que constituye un límite a la arbitrariedad en la administración de justicia, que reduce la posibilidad de

⁹ STRAUSS, PL. *An Introduction to Administrative Justice in the United States*. 1ª edición. Durham: Carolina Academic Press. 1989, p. 218.

¹⁰ MONTOYA. *Ibid.*, p. 77.

¹¹ Citado por MONTOYA, *op. cit.*, p. 76.

¹² Citado por ZAPATA LARRAÍN, P. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. 1ª edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2002. ISBN: 9561018918. P. 385.

¹³ Citado por ZAPATA, *Ibid.*, p. 387.

lesionar la igualdad frente a la ley por la vía judicial, favorece el respeto de las decisiones judiciales, al entenderlas como producto de un proceso continuado y evolutivo de aplicación de principios y reglas, y no como producto de valoraciones políticas contingentes. Las críticas se basan, fundamentalmente, en el riesgo de fosilización del derecho que implica el empleo del precedente como regla vinculante, en la posibilidad de que la generalización impida un mejor análisis de las peculiaridades del caso concreto, así como en el deber general de los jueces de valorar cada caso y aplicar el derecho de acuerdo con una interpretación independiente del ordenamiento aplicable, no sujeta a cualesquiera vinculaciones internas o externas¹⁴.

La regla, pese a su origen anglosajón, ha permeado fuertemente en el derecho continental, en especial en el ámbito de la Justicia Constitucional. A continuación, se hará una breve revisión acerca de los alcances de este instituto con referencia a las decisiones de los tribunales constitucionales, y el particular espacio que ocupan dentro de los sistemas judiciales latinoamericanos. Por razones evidentes, nos detendremos en el análisis de lo preceptuado por el ordenamiento costarricense, así como los desarrollos generados producto de la jurisprudencia constitucional.

V- La fuerza vinculante del precedente en los procesos constitucionales

El debate acerca del carácter vinculante del precedente jurisdiccional reviste especial interés en lo que respecta al funcionamiento de los tribunales constitucionales, dado el rango que los ordenamientos nacionales les confieren, así como por la relevancia trascendental de los temas objeto de su conocimiento y, consecuentemente, por la importancia jurídica y política de sus decisiones.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 368, 369.

En una primera aproximación, el carácter vinculante de tales precedentes podría derivar, simplemente, de la propia fuerza normativa de la Constitución. En efecto, la supremacía constitucional impone un deber de sujeción de todos los actores sociales, públicos y privados, con respecto a la Ley Fundamental. De ahí derivan diversas obligaciones positivas y negativas, las cuales son recogidas e interpretadas por la jurisprudencia constitucional. Como consecuencia, el acatamiento de los precedentes lo es, a su vez, de las normas y principios aplicados por los órganos de control.

Otra razón que suele esgrimirse como justificante del efecto vinculante lo es la cosa juzgada. De acuerdo con Devis Echandía, “Este principio... significa que una vez decidido, con las formalidades legales, un litigio..., estas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo, y los jueces deben respetarla...”¹⁵. La posibilidad de preclusión producida por las decisiones jurisdiccionales constituye así un rasgo esencial de las sentencias firmes, elemento inescindible de la función jurisdiccional.

En términos generales, el carácter preclusivo de las sentencias en procesos de Justicia Constitucional es objeto de debate. Características comunes a la mayoría de los procesos constitucionales como su carácter relativamente sumario, la inexistencia de un contradictorio pleno en muchos de los casos, así como las disputas de puro derecho, generan dudas acerca de si la cosa juzgada, principio esencial del derecho procesal, rige en este tipo de procesos.

En el derecho costarricense, esta discusión ha sido resuelta por la Sala Constitucional, en una muy debatida sentencia dictada al resolver un recurso de amparo. Dicha resolución reconoce la existencia de un “derecho

¹⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1997, p. 59.

fundamental a la cosa juzgada constitucional". Así, la sentencia número 2014-012825, dispone que:

"IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL. Surge la interrogante de si la cosa juzgada es meramente una garantía institucional para asegurar principios y valores constitucionales como la seguridad o certeza jurídicas, la paz y armonía social o si en el caso de la Constitución de 1949, también, tiene la condición de derecho fundamental... Empero, es necesario distinguir entre el derecho a la cosa juzgada de legalidad ordinaria y el derecho a la cosa juzgada constitucional. El primero derecho a la cosa juzgada de legalidad- debe ser invocado y resuelto ante las instancias de legalidad ordinaria y los tribunales comunes, mediante los cauces que prevé el ordenamiento jurídico (v. gr. excepción privilegiada de cosa juzgada), puesto que, no es competencia de este Tribunal Constitucional determinar cuándo un asunto de legalidad ordinaria fue resuelto o no con autoridad de cosa juzgada de legalidad ordinaria, dado que, se trata de cotejar criterios de mera legalidad..."

La misma sentencia señala cuáles son las consecuencias que conlleva el reconocimiento de este instituto como derecho fundamental, lo cual resume de la siguiente forma:

"...La cosa juzgada constitucional tiene singularidades propias y especiales que la distinguen de la cosa juzgada de legalidad, que son las siguientes: a) No cabe ningún recurso, ni siquiera el extraordinario de revisión contra una sentencia constitucional; b) La cosa juzgada constitucional se extiende a la parte dispositiva (por tanto) como a la parte considerativa o razonamientos de hecho y de derecho expuestos por la Sala Constitucional; c) La eficacia de la cosa juzgada constitucional no es relativa relatividad de la cosa juzgada de legalidad-sino absoluta y general, se extiende a

cualquier sujeto de derecho, tanto los que intervinieron como partes principales o accesorias como a los que no fueron parte en el proceso constitucional...”.

La mencionada sentencia no fue unánime, quizás por constituir una innovación frente a la doctrina tradicionalmente sentada por la Sala. En todo caso, esta decisión tiene como consecuencia directa un reforzamiento del carácter vinculante de los precedentes dictados en los procesos ante la Justicia Constitucional. Si la cosa juzgada en esta materia reviste la condición de un derecho fundamental y, por ende, es protegida por el principio de supremacía constitucional, ello implica que todos los demás órganos jurisdiccionales deberán atenerse a lo resuelto por esta sede. No es ahora posible invocar razones de competencia especializada o distintos grados de rigurosidad procesal para justificar la separación con respecto a un precedente dictado por la Sala.

Como se dijo, en todo caso, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional reconoce la fuerza vinculante de la jurisprudencia y los precedentes generados por la Sala Constitucional. Este principio ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal. En cuanto a la regla general, en sentencia 1993-03431 dispuso:

“Tomando en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala es vinculante erga omnes, según lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 1105-90, le es aplicable al presente asunto...”.

En un sentido similar se dijo, en la sentencia 1992-000115:

“Lo que más le puede indicar esta Sala a quien presenta la gestión es que conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia y los precedentes son vinculantes “erga omnes” salvo para sí misma, de tal forma que quienes se encuentren en la misma situación de los que recurren en cualquier dependencia de la Administración Pública,

deben ser beneficiados –en acatamiento del fallo y el artículo citado- con lo resuelto en la sentencia...”.

Como se puede apreciar, el carácter vinculante del precedente es, en Costa Rica, una regla de derecho positivo, pero también un axioma de Derecho Público ampliamente aceptado. Pese a las discrepancias que puedan mantenerse en torno a las condiciones que deben darse para estar ante la aplicación obligatoria del precedente y del necesario respeto a la independencia de los tribunales de todos los rangos y materias, lo cierto es que no se discute la existencia del principio y de sus trascendentales consecuencias. No obstante, existe un debate abierto acerca de cuáles partes o aspectos de la sentencia constitucional se encuentran tutelados por dicha eficacia reforzada. Es el tema al cual nos referiremos en el punto siguiente.

VI- Partes vinculantes de la sentencia constitucional

Para determinar en qué consiste el precedente jurisdiccional, es necesario deslindar cuáles partes de la sentencia lo conforman. La discusión reviste gran importancia, puesto que solamente aquellos aspectos de la resolución que tengan dicha condición se encontrarán reforzados por el ya mencionado carácter vinculante.

Al respecto, lo primero que se puede afirmar es que la parte descriptiva de la sentencia no contiene juicios de valor, argumentos debidamente fundamentados para resolver el caso en disputa. No refleja una voluntad jurisdiccional. Se trata de una simple enunciación de las actuaciones procesales, por lo que no tiene sentido siquiera preguntarse si forma parte del concepto de precedente.

Tampoco existe mayor controversia en reconocer que el *dictum* o por tanto de la sentencia constituye parte del precedente. En efecto, se trata de la más directa y clara manifestación de la función jurisdiccional, pues en ella se decide acerca de la procedencia o improcedencia de las pretensiones

procesales. Las sentencias constitucionales, al resolver acerca de la constitucionalidad de determinados actos (en procesos de control de constitucionalidad), así como de la alegada violación de derechos (en procesos de garantía fundamental), crean un precedente, pues contienen la esencia de la decisión adoptada por el tribunal.

El tema que genera mayores debates es el referente a la parte considerativa de las sentencias. Esta, si bien contiene las razones que llevaron a la toma de la decisión, y no la decisión en sí, está conformada por una serie de valoraciones de orden lógico y jurídico que también reflejan la voluntad jurisdiccional. La Sala Constitucional costarricense, en sentencia número 1995-07062, ha dispuesto:

“...Se hace la indicación, conforme a lo que ya ha dispuesto esta Sala, que la vinculatoriedad que caracteriza a la jurisprudencia constitucional, se refiere tanto a la parte considerativa como dispositiva de la sentencia, en tanto que aquella claramente condiciona y determina este...”

Otros ordenamientos, como el peruano, han determinado en forma contundente que el precedente vinculante está relacionado, únicamente, con la parte dispositiva de las sentencias, y no así con las consideraciones que sustentan el fallo¹⁶.

Entre quienes contemplan en el precedente vinculante a la parte considerativa, se suele dar un mayor consenso en que, en tal caso, este radicaría en la *ratio decidendi*, por tratarse de la base jurídica y argumentativa en que reposa la decisión adoptada¹⁷. Con ello, se descarta que el *obiter dictum* o razón subsidiaria, forme parte del precedente. Las divagaciones o elucubraciones académicas que muchas sentencias

¹⁶ MONTOYA, op. cit., p. 83.

¹⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente constitucional en Colombia*. Estudios del precedente constitucional. Lima: Palestra editores. 2007, p. 183.

constitucionales suelen contener, desde este punto de vista, no podrían ser consideradas como constitutivas de precedente¹⁸.

La anterior distinción, sin embargo, no es conteste en la doctrina y jurisprudencia comparada. Probablemente, derivada de la dificultad real que hay en separar la *ratio decidendi* de la *obiter dictum* en sentencias redactadas sin seguir estrictos lineamientos metodológicos. La preocupación que muestran los tribunales constitucionales con el fondo de sus decisiones (el aspecto indudablemente más relevante) pareciera atentar en ocasiones contra la rigurosidad en la técnica de elaboración de resoluciones jurisdiccionales.

Aunado al aspecto metodológico, otro factor que atenta contra la aceptación de las razones subsidiarias como parte del precedente reposa en la tendencia, normal en los tribunales constitucionales, de generar doctrina a través de sus fallos, ensayar innovaciones conceptuales y esquemas argumentativos audaces. Estos aspectos no siempre guardan una estrecha relación con el objeto del proceso, por lo que su práctica debería ser objeto de un ejercicio de autocontención por parte de los tribunales. El empleo moderado de estas atribuciones es necesario por razones de seguridad jurídica y de preservación de la legitimidad de los fallos en los procesos constitucionales, pero además porque una visión amplia del precedente podría darles a tales elaboraciones académicas, el carácter vinculante de los precedentes jurisdiccionales.

Se estima necesario, en todo caso, restringir la fuerza obligatoria del precedente a la *ratio decidendi*. Esta es la energía que mueve a la Justicia Constitucional a resolver una controversia en un determinado sentido, y es, por esa razón, el elemento de la parte considerativa que conforma el precedente.

También se ha discutido si los argumentos referidos a aspectos orgánicos de la Constitución ostentan una mayor estabilidad, que les

¹⁸ MURILLO, M. *Carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional*, 2004, no. 105, p. 159.

permita formar parte del precedente vinculante, mientras que aquellos relacionados con el régimen de los derechos fundamentales (parte dogmática), son en esencia variables y evolutivos, por lo que su incorporación al precedente puede impedir su transformación progresiva y expansiva¹⁹. Esta tesis no parece sostenible. Por un lado, la necesaria evolución de la jurisprudencia no se limita a los aspectos dogmáticos. Por otro, la protección conferida por la fuerza vinculante del precedente no debe ser negada a los casos de garantía de los derechos fundamentales. La distinción resulta un tanto arbitraria, e incluso, riesgosa.

Finalmente, se formula la cuestión acerca de quién determina cuál parte de la resolución es la que conforma el precedente vinculante. Si la decisión cabe al Tribunal Constitucional que constituye el precedente o al juez que está obligado a aplicarlo²⁰. Para garantizar la seguridad jurídica, es la ley formal la que debería discernir en tales aspectos y definir, con claridad, los alcances y consecuencias del precedente vinculante. No obstante, ante la inexistencia de una regulación positiva de tales extremos, es preferible que la delimitación del precedente no quede al arbitrio del tribunal ordinario que ha de aplicarlo, sino del creador del criterio en cuestión.

¹⁹ ZAPATA LARRAÍN, op. cit., p. 371.

²⁰ MONTOYA, op. cit., p. 85.

Conclusión

La regulación del precedente vinculante como regla común al funcionamiento de muchos tribunales constitucionales en el derecho comparado se ha consolidado, pese a los riesgos que puede traer aparejados, como la eventual petrificación de los criterios jurisprudenciales, la proliferación de decisiones basadas en juicios generalizados y poco reflexivos, o incluso, la dificultad existente para determinar el contenido y los alcances del precedente.

El establecimiento de esta regla también propicia una mayor equidad en el acceso a la justicia constitucional, pues disminuye el riesgo de fallos contradictorios, ayuda a consolidar la relevancia de los tribunales constitucionales como intérpretes auténticos y legítimos de la Ley Fundamental, y contribuye a otorgar normatividad a los contenidos constitucionales.

No obstante, la efectividad y conveniencia del carácter vinculante del precedente depende en mucho de la decisión que se tome acerca de cuál o cuáles aspectos de la sentencia conforman la especie objeto de estudio.

Excluyendo los apartados meramente descriptivos del fallo, la gran discusión gira en torno a si el precedente está formado solamente por el *dictum* de la sentencia o si también lo conforman los argumentos empleados en la parte considerativa. La doctrina y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales pareciera inclinarse por la segunda de las opciones, si bien en la mayoría de los casos se estima que no todos los "considerandos" de la sentencia adquieren la condición de precedentes vinculantes, sino tan solo aquellos que se relacionen directamente con la *ratio decidendi* de la resolución. Las valoraciones accesorias, relevantes para el sustento de la sentencia, pero no centrales en la decisión del objeto del proceso, no deberían formar parte del precedente. Y en caso de reconocerles dicha cualidad, deberían ser objeto de un desarrollo moderado y autocontenido por parte de los tribunales constitucionales.

Tal es la relevancia del precedente dictado en los procesos ante la Justicia Constitucional, que esa condición debe ser reservada, únicamente, a los aspectos centrales de la resolución jurisdiccional, a aquellos que se relacionen directamente con la solución del conflicto puesto en su conocimiento.

No debe quedar al arbitrio del aplicador la decisión acerca de qué constituye precedente y cómo debe ser este implementado para hacer valer su fuerza vinculante. En la medida de lo posible, el legislador debe regular las pautas esenciales que dirigirán este instituto. De no hacerlo, son los propios tribunales constitucionales los que deben fijar reglas claras y legítimas para la definición de tales aspectos.

Un uso racional y adecuado del precedente vinculante puede contribuir significativamente a fortalecer el respeto de la supremacía constitucional, así como a potenciar la fuerza de las decisiones que se dicten por parte de la Justicia Constitucional.

Bibliografía

ACOSTA ESTÉVEZ, J. *El proceso ante el Tribunal Nacional de Justicia*. 1ª edición. Barcelona: J. M. Bosch Editor. 1995. ISBN: 8476983336.

BADILLA MORA, E. *El principio erga omnes en el derecho constitucional costarricense*. San Ramón: Universidad de Costa Rica. 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente constitucional en Colombia*. Estudios del precedente constitucional. Lima: Palestra editores. 2007.

BALAGUER CALLEJÓN, ML. *Interpretación de la Constitución y el ordenamiento jurídico*. 1ª edición. Madrid: Tecnos. 1997.

CARVAJAL PÉREZ, Marvin. *La configuración constitucional de los poderes del Estado*. Constitución y Justicia Constitucional. Heredia: Escuela Judicial. 2009.

CASARINO VITERBO, M. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. tomo III. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2005. ISBN: 978-956-10-1621-4.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1997.

FERNÁNDEZ, A. *El precedente vinculante del Tribunal Constitucional*, Octubre 2001.

GASPESCOVAR LEÓN, M. *El sistema de precedentes Constitucional y laboral en el ordenamiento jurídico Venezolano*, Enero 2015, no. 18, pp. 535-573.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar. 1999.

GRANDEZ CASTRO, P. *Estudios al precedente constitucional*. 1ª edición. Perú: Palestra Editores. 2007. ISBN: 9972224422.

GUEVARA PALACIOS, A. *Los dictámenes consultivos de la Corte interamericana de los Derechos Humanos*. 1ª edición. Barcelona: J.M Bosch editor. 2012. ISBN: 8476980795.

HERNÁNDEZ, C. *Constitución y Justicia Constitucional*. 2ª edición ampliada. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 2006.

HERNÁNDEZ VALLE, R. *La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional*, S.F.

INDACOCHEA PREVOST, U. *La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: Una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho*. Enero 2015, no. 67, pp. 309-318.

MOLINARES HASSAN, V. *Justicia Constitucional*. Junio 2014, no. 16-2, pp. 89-126.

MONTOYA CHÁVEZ, V. *El stare decisis constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales*, junio 2008, no. 2007-7, pp. 71-100.

MURILLO, M. *Carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional*, 2004, no. 105, pp. 157-161.

PIZA ESCALANTE, R. *La Jurisdicción Constitucional costarricense*. ,S.F., pp. 134-155.

RIGANO, F. *Constituzione e Potere Giudiziario*. 1ª edición. Padova: CEDAM. 1987.

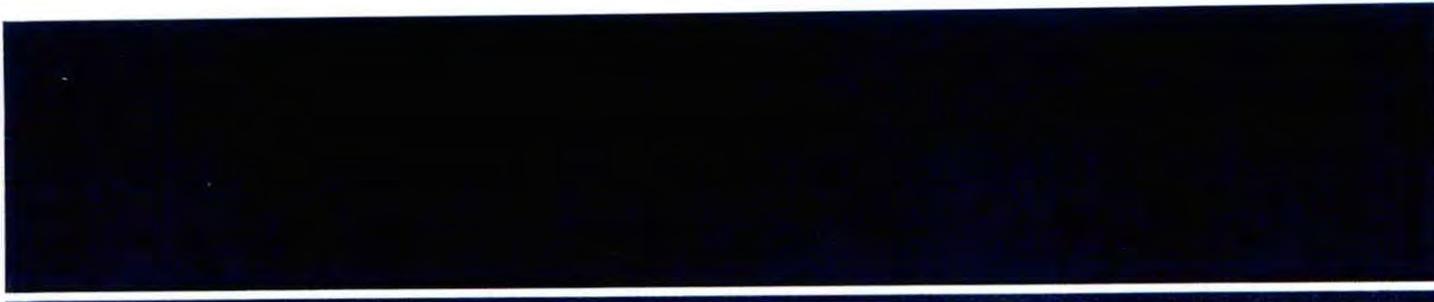
STOEHRER MAES, C. *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*. 1ª edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2010. ISBN: 9561018055.

STRAUSS, PL. *An introduction to Administrative Justice in the United States*. 1ª edición. Durham: Carolina Academic Press. 1989.

VIGO, RL y ALARCÓN CABRERA, C (Coordinadores). *Interpretación y argumentación jurídica*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons. 2011.

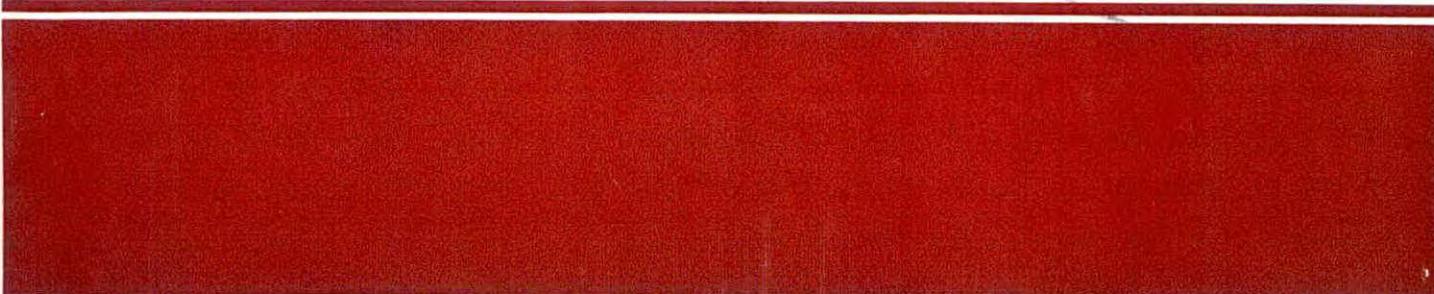
ZAMBRANO ÁLVAREZ, D. *El precedente Constitucional-Electoral: redefinición del sistema tradicional de fuentes*, Julio 2009, no. 12, pp. 31-69.

ZAPATA LARRAÍN, P. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. 1ª edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2002. ISBN: 9561018918.



**LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DOMINICANO**

Miguelina Ureña Núñez



La Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional Dominicano

Miguelina Ureña Núñez

De acuerdo con la ley, el Tribunal Constitucional ha sido instaurado como órgano jurisdiccional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales¹. Constituye un sistema robusto de justicia constitucional el que la Constitución y su ley orgánica le confieren autonomía de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado. A tal efecto, consagra que *en el cumplimiento de sus funciones como jurisdicción constitucional, solo se encuentra sometido a la Constitución, a las normas que integran el bloque de constitucionalidad, a la Ley Orgánica y a sus reglamentos*².

En cumplimiento de dicho mandato, para el Tribunal Constitucional lo esencial es asumir la defensa de la Constitución como norma suprema y ser el órgano de garantía y protección eficaz de los derechos fundamentales, sancionando las infracciones constitucionales a través del proceso³, que de modo alguno podía seguir el formalismo ni la exégesis propia de los procesos ordinarios, lo que lleva a la reflexión de si se trata de un proceso autónomo o de una rama del Derecho Procesal que se especializa bajo el nombre de Derecho Procesal Constitucional.

Se conoce que el proceso es el instrumento indispensable para que se materialice la reclamación de un derecho, lo que hace que esta rama del Derecho sea de gran importancia práctica. Los derechos sustantivos serían ineficaces si no contaran con el mecanismo de hacerlos valer, lo que resuelve el derecho adjetivo, o sea el derecho procesal. La garantía jurisdiccional es el instrumento para obtener la satisfacción de un derecho

¹ Artículo 184 de la Constitución.

² Artículo 1 y 3 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

³ Artículo 5, Ley 137-11.

conculcado, de tal manera que esta garantía se considera el “derecho de los derechos fundamentales”⁴.

El proceso es la ciencia que regula el desenvolvimiento *stricto sensu* para dirimir conflictos bajo la tutela judicial. Aunque en todos los procesos se trata de resolver una situación jurídica que afecta a una persona y a la sociedad, se distingue significativamente la finalidad de la justicia constitucional de la justicia de derecho común, atendiendo al objeto de la acción y a su naturaleza. Pues, en los procesos propios del Poder Judicial⁵ se sanciona al infractor por su comportamiento y deviene en una afectación a su patrimonio o a su propia libertad, mientras que en lo constitucional se enfrenta la infracción como atentado a la supremacía de la Constitución y a los derechos fundamentales que, sin ignorar la persona, se concentra en el hecho que infringe la Constitución. Naturalmente, todos los procesos se rigen por un Derecho Procesal que constituye el elemento material para que el Derecho sustantivo cobre eficacia real.

Mucho se discute si el proceso constitucional cuenta con independencia del Derecho Procesal y sobre la libertad procesal del Tribunal Constitucional, de lo que depende el reconocimiento o no de la autonomía jurisdiccional; aspectos que trata este ensayo desde el sentido de especialización del Derecho Procesal Constitucional (A) y de la libertad procesal de la jurisdicción constitucional (B).

A. Especialización del Derecho Procesal Constitucional.

Los presupuestos del Derecho Procesal se orientan en la legitimación de los sujetos procesales, la competencia jurisdiccional, las formalidades de la

⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. REDC 25. Enero – abril. 1989, p. 62.

⁵ Derecho Penal, Civil, Laboral, Administrativo, etc.

acción, los plazos, los incidentes, un hecho causal, los medios probatorios y el objeto del que tendrá que estatuir el tribunal. Por ello, el proceso se entiende como el instrumento para ser oído ante el juez y hacer prevalecer un derecho subjetivo. Sus reglas son de orden público, en garantía a la igualdad de armas, al equilibrio entre las partes y al respeto irrestricto al derecho de defensa con normas preestablecidas, que permiten la seguridad jurídica. En garantía a la efectividad del proceso y al ordenamiento del procedimiento, la experiencia latinoamericana tuvo que dar el gran paso de la legalidad a la constitucionalización para que haya un debido proceso, haciendo que las garantías procesales sean parte de todas las materias; un importante avance normativo a la constitucionalidad procesal, que no es lo mismo que el Derecho Procesal Constitucional, aunque lo incluye.

La constitucionalización del proceso se encamina a imponer el respeto de las garantías mínimas de normas y principios rectores para lograr la tutela judicial efectiva, reconociendo el proceso en sí mismo como un derecho de garantías, tales como: una justicia accesible, una jurisdicción imparcial, un juicio público y contradictorio, conforme a las leyes preexistentes.

Al decir de Gutiérrez, el Derecho Procesal Constitucional “es una disciplina viva”, que materializa los diversos mecanismos de defensa de la Constitución implementados en el mundo a partir del siglo XIX. Fuerza Jurídica de la Constitución. Brinda un soporte dogmático y práctico a la teoría de la supremacía de la Constitución”⁶. Es decir, que se dirige en un solo Norte que es la constitucionalidad. Se le ve como una disciplina joven en el estudio de los procesos constitucionales y del órgano jurisdiccional de la justicia constitucional, también conocida como garantías

⁶ GUTIÉRREZ, Gustavo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. 1ª ed. Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley. E.I.R.L. 2009, pp. 107-109.

constitucionales, que comprenden, entre otros, las acciones directas de constitucionalidad y los procesos garantistas del amparo⁷.

Explica Carrasco Durán que “las garantías judiciales se configuran como medios de reacción que se conceden a los particulares para que estos puedan instar la protección de sus derechos fundamentales ante un órgano independiente y distinto de aquel del cual proviene la actuación cuestionada”⁸; y, con verdadero acierto, afirma que la eficacia de los derechos responde a un criterio jurídico y a una garantía jurisdiccional. Es así, en razón de que a la ley se delega la reglamentación de su contenido, y a los jueces se atribuye la protección de los derechos particulares consagrados en la Constitución y en la ley, reconociendo a cada persona el derecho de acceso judicial y a través del proceso, el derecho a una respuesta jurisdiccional por el órgano competente que brinde *una efectiva prestación de justicia*⁹.

La tutela constitucional solamente es posible en el ejercicio procesal que se inicia con el apoderamiento del tribunal, por lo que antes que el Derecho Procesal Constitucional existe el Derecho Procesal, puesto que se analizan principios ya estudiados en el Derecho Constitucional¹⁰.

A opinión de García Belaúnde:

⁷ Cfr. ALFARO PINILLO, Roberto. *Guía rápida del proceso constitucional de amparo*. 1ª ed. Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley. E.I.R.L. 2009, p. 15.

⁸ CARRASCO DURÁN, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Gráficas/85, S.A., Madrid, 2002, p. 32.

⁹ En este sentido, JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*. Vol.2 2ª Edición. Santo Domingo. Jus Novum, febrero 2012, p. 278. “Las diferencias entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial radican en que, en tanto la función legislativa presupone una tutela general y abstracta para todos los diferentes y variados intereses subsistentes en la sociedad y la ejecutiva sirve al Estado para perseguir los propios intereses específicos en el terreno de las leyes vigentes, la función jurisdiccional constituye una actividad cuyo objetivo esencial es la tutela concreta de intereses insatisfechos, mediante la comprobación definitiva, con la eficacia de la autoridad de la cosa juzgada limitada a las partes en causa, y la consiguiente actuación de la norma jurídica en el caso concreto”.

¹⁰ Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. 1ª ed. Bogotá. Temis editorial. 2001, p. 102.

“[E]l Derecho Procesal Constitucional es una rama del Derecho Procesal. [E]l proceso es uno solo y, por tanto, siguiendo la célebre metáfora de Carnelutti, el proceso sería al igual que el tronco de un árbol, del que saldrían varias ramas unidas al tronco común, pero con sus propias peculiaridades. Y si admitimos la existencia de un proceso constitucional, es inevitable que exista un Derecho Procesal Constitucional como una de las ramas del Derecho Procesal general. [Pues], el Derecho Procesal Constitucional arrastra una serie de conceptos del Derecho Procesal de los que es deudor y de los que se sirve. Pero a su vez, tiene otros que le son propios y que le vienen de su peculiar naturaleza, que es servir de instrumento de realización del Derecho Constitucional. Una fusión del Derecho Procesal con la temática Constitucional, y que se deriva en esta nueva rama procesal”¹¹.

El citado autor le reconoce al Derecho Procesal Constitucional su separación de las otras materias jurídicas por elementos exclusivos a sus fines, pero asume la participación del Derecho Procesal general en cuanto a su concepto teórico y principios procesales. Al respecto, el maestro Fix-Zamudio se refiere al Derecho Procesal Constitucional como la “[d]isciplina jurídica, que se ocupa del estudio del conjunto de instrumentos normativos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos y repararse las violaciones de los principios y disposiciones fundamentales, instrumentos que también pueden calificarse como garantías constitucionales”¹². Este último lo acerca más a la constitucionalidad que a la actividad procesal. Como lo ha escrito Colombo Campbell, “la Constitución, para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la proteja. Esta es la misión

¹¹ GARGÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Derecho constitucional en perspectiva*. 2ª ed. dominicana. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Santo Domingo, 2011, p. 90.

¹² FIX ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al Derecha Procesal constitucional*, p. 94. Citado por GUTIÉRREZ, Gustavo. *Ob.cit.*, p. 64.

encomendada al Derecho Procesal Constitucional. Para que exista justicia constitucional se requiere una Constitución y una jurisdicción constitucional que le permita controlar, por la vía del proceso, la vigencia real de su preceptiva”¹³.

Como se observa, la doctrina se ha ocupado de puntualizar si es parte del Derecho Constitucional o del Derecho Procesal. Según Gutiérrez “contiene en su instrumentación, la exigencia de guardar coherencia con los principios procesales, pero (...) no es en exclusiva Derecho Procesal, ya que si así fuere tendría que sujetarse en estricto a las reglas de la teoría del proceso, con lo cual, las normas procesales limitarían la acción de los jueces constitucionales. Pero, tampoco puede ser de forma excluyente, Derecho Constitucional concretizado en la medida que esta signifique una suerte de autonomía procesal del Tribunal Constitucional, al punto de tener la capacidad de manipulación de las normas procesales, convirtiéndose en una suerte de “hacedor” del proceso. Es una disciplina mixta, concatenada con la realidad, lo que da matices de una disciplina propia, es decir, en lo que Gozáini ha llamado “el trialismo de la teoría, la norma y la praxis. (...) disciplina inacabada que si bien adquiere autonomía, no deja de tener parámetros que la limitan a partir de su concatenación con la disciplina en cuestión”¹⁴.

La posición más reiterada consiste en entender el Derecho Procesal Constitucional como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la constitución y que se sirve del constitucionalismo¹⁵. En coherencia con esta manera de interpretación, a juicio de Eto Cruz, predomina el elemento objetivo del proceso frente al

¹³ COLOMBO CAMPBELL, Juan. *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*. Lus et Praxis. Online. 2002. V.8. No. 2, disponible en <http://dx.doi.org.10.4067/S0718-00122002000200002>.

¹⁴ Cfr. GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob. cit., pp. 67-68.

¹⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Marsol, Lima. 1998, p. 7, citado por GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob.cit., p. 64.

elemento subjetivo procesal¹⁶. Mientras que para Vescovi, su objeto es la materia constitucional, pero no es procesalmente diferente a lo que se conoce, salvo especialidades¹⁷.

En igual sentido argumenta Fernández Rodríguez, indicando que:

“[L]a naturaleza del derecho procesal constitucional lo sitúa en el derecho constitucional antes que en el derecho procesal. A partir de que las reglas que rigen los diversos contenciosos o procesos constitucionales se asientan en el derecho procesal general, las especificidades propias de la justicia constitucional son de tal importancia que le otorgan unos presupuestos metodológicos y epistemológicos propios al derecho procesal constitucional. Estas especificidades, más intensas que las existentes en el proceso laboral o en el proceso contencioso administrativo, están, por ejemplo, como se ha visto, en la legitimación, en las partes, en los plazos de interposición, en el desarrollo del procedimiento (articulado en torno al principio inquisitivo y a una visión objetiva), en la relativización del principio de congruencia, en los efectos de las sentencias y en las propias sentencias atípicas. Los presupuestos metodológicos y epistemológicos propios impiden considerar a esta rama jurídica como un mero apéndice del derecho procesal general. En todas estas cuestiones hay que usar una óptica interpretativa específica del derecho constitucional al margen del derecho procesal general (...). Al integrar el derecho procesal constitucional en el derecho constitucional lo sometemos a los rasgos específicos de la

¹⁶ ETO CRUZ, Geraldo. “La naturaleza jurídica del amparo”, *La doctrina constitucional y administrativa del estado social y democrático de derecho*. Liber Amicorum Allan Brewer-Carías, p. 89.

¹⁷ VESCOVI, citado por BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *Derecho Procesal Constitucional*. Panamá. 2011, p. 45.

hermenéutica constitucional, lo que deberá ser tenido en cuenta por todo aplicador del derecho”¹⁸.

Los citados autores prefieren hacer prevalecer la materia a la que sirve, pues lo que justifica el Derecho Procesal Constitucional es la supremacía constitucional, es decir, que las normas constitucionales y sus principios tendrán un valor superior sobre el proceso en sí mismo, cuya influencia se impone en los criterios de aplicación procesal, lo que es lógico en el entendido que dejar de observar la naturaleza constitucional puede desvirtuar su fin de hacer cesar una infracción constitucional en protección *in concreto* de un derecho fundamental, puesto que la regla debe ser congruente con su finalidad y no solo con su apoderamiento. Entonces, no es un proceso más, sino que debe ser un modelo procedimental suficiente y eficiente, no más de lo necesario por su concentración y no menos de lo que se requiera para la tutela efectiva del derecho conculcado. En este sentido, expresa Barrios González que las normativas constitucionales carecerían de sentido si el propósito procesal no es reivindicar las pretensiones fundadas en normas constitucionales; enfatiza que el Derecho Procesal Constitucional “posibilita la actuación del Derecho Constitucional Material (...) reglamenta la jurisdicción constitucional (...) presupone el carácter no arbitrario con que se realiza la actividad judicial, estableciendo regulaciones [y] es el medio para la defensa de los derechos subjetivos de rango constitucional y el ejercicio de la Guarda de la Integridad de la Constitución”¹⁹.

¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional, en la ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T.I. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. Citado por ETO CRUZ, Geraldo. Ob. cit., p. 88.

¹⁹ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *Derecho Procesal Constitucional*. Ob. cit., p. 12. Señala que el Derecho Procesal Constitucional es el conjunto de normas jurídicas de carácter público que delimita y rige la realización de la justicia constitucional, estableciendo los organismos que deben cumplirla, los sujetos que intervienen y los procedimientos que deben cumplirse para la aplicación concreta del Derecho Constitucional Material y la Guarda de la Integridad de la Constitución”.

No obstante, se critica la autonomía del Derecho Procesal Constitucional en el entendido de que este no puede verse desvinculado del Derecho Procesal, aceptando que se le pueda ver como una especialidad, puesto que “cuanto más abierta, indeterminada y amplia sea la norma a aplicar – lo que es predicable en especial medida de la Constitución-, más necesita el Tribunal un ordenamiento procesal cerrado que permita afirmar que sus decisiones son vinculantes. El procedimiento determinado de forma más o menos libre por el Tribunal no puede contar con legitimación ni tener poder de convicción, sino solo el fijado previamente por el legislador”²⁰. Esta crítica al concepto de autonomía sustenta el criterio de discrecionalidad que confiere la misma ley, pero deja de observar que la especialidad de la materia le hace actuar sin considerar las reglas del Derecho Procesal general y muchas veces en contrario a ellas para hacer prevalecer del Derecho Constitucional sobre el rigor procesal. Se trata de una justicia ciertamente especializada y autónoma en esa especialización, es decir, soberana en su interpretación y aplicación procesal.

Al juzgar, el Tribunal Constitucional no tiene que orientarse por otras normativas procesales que no sean las consagradas en la Constitución y en su ley de procedimientos constitucionales, que le brinda un ámbito amplio de aplicación a través de sus principios rectores. La redacción de dicha Ley 137-11, refleja la intención legislativa de establecer un proceso exclusivo, eficiente y eficaz para conducir el proceso de justicia constitucional, fuera de ningún otro modo procesal, salvo que le resulte más favorable, como lo prevé el principio de favorabilidad. Naturalmente, la consagración legal parte de los conocimientos, reglas y principios del Derecho Procesal en cuanto instrumento, pero crea los propios bajo criterios de libertad y no de restricción, con excepción de la competencia, que le sirve de límite garantista de la separación de los poderes.

²⁰ RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. *La libertad del tribunal constitucional alemán en la configuración del derecho procesal*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 62 mayo-agosto 2001, p. 169, citando a Shlaich.

La normativa constitucional y el Derecho Procesal Constitucional se hallan unidos no solo en la naturaleza jurídica de la materia, sino además en la meta de dotar a las personas de justicia constitucional. “El objeto del proceso constitucional es la materia constitucional. (...) No debe confundirse el objeto del proceso constitucional, que es material, con su finalidad que es formal (...) el objeto es el estudio y solución del conflicto material en torno a derechos subjetivos individuales, en función social o difusos, y con la sentencia de constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el ejercicio de la guarda de la integridad de la constitución, se cumple con la finalidad que es la supremacía Constitucional”²¹.

En conformidad de la necesaria fusión del Derecho Constitucional con el Derecho Procesal Constitucional para la efectividad del orden constitucional y los derechos fundamentales, cabe también diferenciar los procesos constitucionales del Derecho Procesal Constitucional. Los procesos constitucionales son las acciones positivamente dispuestas para acudir en justicia constitucional, en tanto que el Derecho Procesal Constitucional es el instrumento para interponer las acciones constitucionales.

En la actualidad dominicana, los procesos constitucionales se encuentran establecidos taxativamente en la Constitución y en la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De una parte, se refieren a las acciones directas de inconstitucionalidad, al control preventivo de los tratados internacionales y a los conflictos de competencia entre los poderes públicos²²; y, por otra parte, la revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales y el recurso de revisión de la acción de amparo²³. Estas acciones son los mecanismos de garantías constitucionales, que, en palabras de Gutiérrez, “son, más que todo, previsiones constitucionales, es

²¹ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. Ob. cit., p. 52.

²² Artículo 185 de la Constitución.

²³ Artículos 36, 53, 59, 64 y 65 de la Ley 137-11, LOTCPC.

decir mecanismos de seguridad dispuestos en la Constitución para asegurar su efectividad²⁴. Esto así, separado del control difuso de constitucionalidad, que no es en sí mismo un proceso, sino *una técnica de inaplicación atendiendo a la jerarquía normativa que realizan los jueces en un proceso*²⁵. Naturalmente, no todo proceso contenido en la Constitución es un proceso constitucional, sino que se trata de aquellos que constituyen garantías constitucionales.

B. Libertad Procesal de la Jurisdicción Constitucional.

La ley no puede preverlo todo, por más completa que intente hacerla el legislador. Compete al Tribunal suplir las posibles deficiencias u omisiones legislativas, regulando lo no previsto e interpretando las normas, lo que hace a través de la jurisprudencia como hizo camino el Derecho Pretoriano. Atendiendo a la finalidad de los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de adecuar el proceso a los fines constitucionales teniendo como fuente el bloque de constitucionalidad, la Constitución, los principios rectores de su Ley Orgánica y la doctrina.

A decir de Rodríguez Patrón, la autonomía procesal del Tribunal Constitucional consiste en la libertad del Tribunal para configurar el proceso, fundamentada, de una parte, en la ley que deja aspectos incompletos para que el Tribunal repare, y, por otro, en la importantísima competencia que debe cumplir²⁶, que como explica esta autora, la autonomía se le concede en libertad de actuar conforme al caso concreto. Por supuesto, no se trata de una libertad ilimitada, sino guiada por la propia Constitución y la Ley de Procedimientos Constitucionales. Para lo no previsto, el Tribunal debe acudir a los principios rectores y normas del

²⁴ GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob. cit., p. 10.

²⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Ob. cit., p. 120.

²⁶ RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. Ob.cit., p. 130.

bloque de constitucionalidad de la justicia constitucional, como directivas que le permitan trazar la vía más idónea para tutelar el derecho fundamental que se arguye vulnerado.

Del estudio de la normativa procesal constitucional se advierte que la libertad radica en las formas procesales que prevé la misma Constitución²⁷ y en la competencia de interpretación que impone la flexibilidad en el manejo del procedimiento. Corresponde al mismo Tribunal determinar las reglas no previstas para la formación procesal del interés constitucional y acomodar reglas existentes a la necesidad del caso y al objetivo de la justicia constitucional. Al efecto, entre sus principios rectores, la Ley de la materia incluye el principio de accesibilidad²⁸ y de informalidad²⁹, que orientan hacia la flexibilidad procesal disponiendo la exclusión de formalismos innecesarios que puedan afectar la tutela judicial efectiva; el principio de efectividad³⁰ que le permite conceder justicia diferenciada y el principio de oficiosidad³¹, que le obliga a adoptar las medidas que sean de lugar para garantizar la supremacía de la Constitución y el goce de los derechos fundamentales.

²⁷ Artículo 72 de la constitución, refiriéndose a la acción de amparo indica: De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

²⁸ Artículo 7 de la LOTCP 137-11: Principios Rectores. El sistema de justicia constitucional se rige por los siguientes principios rectores: 1) Accesibilidad. La jurisdicción debe estar libre de obstáculos, impedimentos, formalismos o ritualismos que limiten irrazonablemente la accesibilidad y oportunidad de la justicia.

²⁹ Principio de informalidad. Los procesos y procedimientos constitucionales deben estar exentos de formalismos o rigores innecesarios que afecten la tutela judicial efectiva. Artículo 7.9, Ley 137-11.

³⁰ Principio de efectividad. Todo juez o tribunal debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos, respetando las garantías mínimas del debido proceso y está obligado a utilizar los medios más idóneos y adecuados a las necesidades concretas de protección frente a cada cuestión planteada, pudiendo conceder una tutela judicial diferenciada cuanto lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades. Artículo 7.4.

³¹ Principio de oficiosidad. Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar, de oficio, las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente. Artículo 7.11 de la Ley 137-11.

Del análisis de esos principios rectores se colige la diferenciación del Derecho Procesal Constitucional de los procesos ordinarios en los que no es posible una impulsión oficiosa con tan amplios poderes, ni la exención de ritualismo o formalidades preestablecidas. La sola comparación del Derecho Procesal general con el Derecho Procesal constitucional permite apreciar la autonomía procesal y la autonomía del Tribunal Constitucional, aunque, como se ha expuesto *ut supra*, no es un poder ilimitado del Tribunal, ya que ningún poder goza de una libertad absoluta, pues tiene sus demarcaciones en las acciones procesales de la justicia constitucional en la que no tiene una “autonomía de competencia”³², lo que en otras legislaciones se conoce como el “principio de corrección funcional [que] exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución [le] ha asignado”³³, pues produciría su propia inconstitucionalidad respecto a los otros poderes del Estado³⁴.

En igual sentido se expresa Landa, resaltando que “no se trata solo de aplicar la Constitución en función de las normas procedimentales, sino de darle a dichas normas un contenido propio, conforme a la Constitución, pues si bien el Derecho Procesal constitucional también requiere partir y remitirse a los principios generales del Derecho Procesal, ello será posible en la medida que este sea afín con los principios y valores constitucionales”³⁵.

En la diferenciación del proceso general al Derecho Procesal constitucional, Landa señala que algunos principios y reglas procesales ordinarias no pueden ser aplicadas automáticamente al proceso

³² RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 140.

³³ LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La Experiencia del Perú*. Online. P. 3. Disponible: <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/07/autonomia-procesal-del-tribunal-constitucional-cc3a9sar-landa-arroyo.pdf> 20 /08/2016.

³⁴ RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 145.

³⁵ LANDA ARROYO, César. Ob. cit., p. 4.

constitucional, como serían “el principio de justicia rogada, de la cosa juzgada y de la prescripción, so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional. Por citar un ejemplo, el principio de justicia rogada impediría al juez constitucional indagar más allá de lo aportado por las partes en el proceso (...), dado el doble carácter -subjetivo y objetivo- de los procesos constitucionales”³⁶.

El Tribunal Constitucional tiene la función del orden constitucional y de la protección efectiva de los derechos fundamentales, asuntos de Derecho Público que le conceden la autonomía normativa para dar preferencia a las disposiciones constitucionales y ser “fuente de creación del Derecho”, pues se reconoce la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho Público³⁷ y no se trata de cualquier criterio, sino de decisiones definitivas e irrevocables, que constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes³⁸, muy especialmente en su función de interpretación y de derogación de normas o decisiones pronunciadas inconstitucionales, la que en el ámbito internacional se le conoce como “una consideración pseudolegislativa”³⁹. Ciertamente, teniendo a su cargo el control y el orden constitucional posee la incuestionable potestad de dejar sin efecto jurídico -inmediato o diferido- la norma que infringe la Constitución, lo cual debe sustentarse en las fuentes del Derecho Constitucional.

En suma, la reconocida autonomía procesal del Tribunal Constitucional se admite conforme al alcance de su competencia y en la aceptación de sus límites respecto a los casos que le apoderen; igualmente a sus propias

³⁶ Cfr. LANDA ARROYO, César. Ob. cit., p. 15.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Artículo 184 de la Constitución. Tribunal Constitucional. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria. Y principio de Vinculatoriedad. Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adopten o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Artículo 7.13 de la Ley 137-11.

³⁹ RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 19.

valoraciones como presupuestos de admisibilidad de las acciones, salvo rectificación posterior debidamente argumentada.

El mismo Tribunal Constitucional dominicano ha valorado su autonomía desde el análisis de su competencia. Ha pronunciado:

“La autonomía constitucional, como categoría jurídica abstracta y mandato de optimización, necesita materializarse de algún modo, si es que pretende ser operativa en el ejercicio del poder público. Por ello, la Constitución reconoce tres manifestaciones esenciales (funcional, administrativa y presupuestaria) de las que emergen implícitamente un conjunto de competencias *accesorias e instrumentales* indispensables para el desempeño eficaz de las *competencias fundamentales* atribuidas al órgano. Son *accesorias*, las competencias sustantivas implícitas ligadas indisolublemente a las competencias fundamentales; e *instrumentales*, las competencias que sirven de medio para el ejercicio de una competencia fundamental o accesoria atribuida al órgano en cuestión. Las competencias accesorias e instrumentales, que materializan la autonomía en su integridad, son imprescindibles de las potestades que la Constitución y las leyes orgánicas reservan a los distintos órganos constitucionales. En ese sentido, su lesión comporta siempre una cuestión de relevancia constitucional que habilita la intervención controladora de la *justicia constitucional*, conforme a los procesos definidos en la Constitución y la Ley núm.137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales”⁴⁰.

La autonomía funcional implica el mayor grado de independencia o autogobierno para que el órgano ejerza las competencias específicas

⁴⁰ Sentencia TC/00305/14, 22 de diciembre.

que le han sido encomendadas por la Constitución y por su ley orgánica.

En su mayoría, la doctrina constitucionalista ubica el Derecho Procesal Constitucional emancipado del Derecho Procesal, lo que obedece a la concentración del Derecho Constitucional que prevalece sobre lo procesal y en la autoridad de interpretación⁴¹. Señala Rodríguez Patrón que “la particular libertad del Tribunal para configurar su Derecho Procesal no se justifica solo por la especialidad de este Derecho, sino también por [su] especialidad; en particular, por su doble status como Tribunal y como órgano constitucional, que, junto con el objeto de su jurisdicción, lo distingue del resto de los Tribunales”⁴².

La experiencia dominicana permite varios ejemplos del ejercicio de autonomía procesal. Citamos⁴³:

- Sentencia TC-0095/12 y TC-0021/14. Establece que el escrito introductorio de una acción directa que busca declarar la existencia de una infracción constitucional debe tener: 1. Claridad. Significa que la infracción constitucional debe ser identificada en el escrito en términos claros y precisos. 2. Certeza. La infracción denunciada deber ser imputable a la norma infra constitucional objetada. 3. Especificidad. Debe argumentarse en qué sentido el acto o norma cuestionada vulnera la Constitución de la República. 4. Pertinencia. Los argumentos invocados deben ser de naturaleza constitucional y no legales, o referidos a situaciones puramente individuales.

⁴¹ RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 161.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ RAY GUEVARA, Milton. *Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional*. V.I 1ª ed. Editora Búho, 2015, pp. 313-314. Discurso de la Audiencia Solemne de Rendición de Cuentas en el Segundo Aniversario del Tribunal Constitucional.

- Sentencia TC/0159/13. Declara imprescriptible la reclamación judicial de filiación.
- Sentencia TC/0070/15. Declara inconstitucional el artículo 35 de la Ley núm. 1306-bis. Consistente en que la mujer divorciada espere que transcurran 10 meses del divorcio para casarse, cuando se trate de una persona distinta a su ex esposo.
- Artículo 24 del Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Fijó en 15 días el plazo en que el *amicus curiae* debe depositar su escrito en los casos de acción directa de inconstitucionalidad, contados a partir de la publicación del extracto de la acción en el portal institucional y 5 días en los casos de control preventivo en los tratados internacionales y revisión de amparo sobre derechos colectivos y difusos.
- Sentencia TC-0038/12. Determinó conocer en una misma sentencia la admisibilidad del recurso de revisión jurisdiccional, prevista en dos sentencias. De acuerdo con los numerales 5 y 7 del artículo 54 de la referida Ley 137-11, el Tribunal Constitucional debe emitir dos decisiones, una para decidir sobre la admisibilidad o no del recurso, y la otra, en el caso de que sea admisible, para decidir sobre el fondo de la revisión constitucional de la sentencia; sin embargo, por las razones que se indican a continuación, ambos aspectos serán decididos mediante esta sentencia. La exigencia de la primera de las sentencias es de carácter interno del tribunal, es decir, que con la misma ni se beneficia ni se perjudica a las partes, y lo esencial es que se deje constancia motivada de la admisibilidad del recurso, de manera que es factible que dicha motivación se haga en la misma sentencia que decide el fondo.

El principio de celeridad y economía procesal supone que en la administración de justicia deben aplicarse las soluciones procesales que sean menos onerosas en lo que concierne a la utilización de tiempo y de recursos; de manera que, si en la especie puede solucionarse la admisibilidad y el fondo del recurso mediante una sola decisión, sin lesionar los intereses de las partes, el Tribunal no debe dictar dos sentencias.

El Tribunal Constitucional tiene la facultad, en este caso y en cualquier otro caso, de interpretar y aplicar las normas procesales en la forma más útil para la efectividad de la justicia constitucional⁴⁴.

- Sentencia TC/0202/13. Refiriéndose a la acción de amparo, precisó: el proceso debe instruirse con sensibilidad y proactividad respecto a la situación del accionante.
- Sentencia TC/0257/13. Cuando la violación es continuada, el plazo para accionar en amparo se renueva mientras esta se mantenga.
- Sentencia TC/0197/13. La inadmisibilidad de la acción de amparo es la excepción; si existe un proceso de menor o igual efectividad, el agraviado tiene la opción de escoger entre las dos vías.
- Sentencia TC/0168/13. La vulneración a los derechos fundamentales puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, no debiendo constituir un motivo de rechazo de la acción la presentación de fotostáticas sin respaldo de sus originales.

⁴⁴ Cursivas nuestras.

- Sentencia TC/0099/13. En las decisiones de amparo se aplican el desistimiento y renuncia de derechos y acciones, así como el otorgamiento de descargo.

Como puede observarse, en las primeras cuatro de dichas decisiones, el Tribunal Constitucional dominicano ha hecho uso del poder pseudolegislativo procesal, al establecer condiciones no expresadas en la ley; y en las demás, ha actuado en la delegación de interpretación, orientando la actividad procesal constitucional; con lo cual ejerce la autonomía procesal.

Sobre el imperio de las decisiones, se ha pronunciado el honorable presidente del Tribunal Constitucional, sosteniendo que “la asignación de carácter de precedente vinculante a las decisiones del Tribunal Constitucional replantea el papel de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho. Estas decisiones vienen a constituir lo que el profesor Dominique Rousseau ha denominado una “carta jurisprudencial de derechos y libertades”, porque “la lista de [estos] no se cierra cuando los constituyentes han terminado de redactar la Constitución; ella puede ser enriquecida, completada o modificada en la medida de la evolución de las decisiones” de jurisdicción constitucional⁴⁵.

El Tribunal Constitucional goza de la libertad de interpretación y de admisibilidad de medios procesales para la eficacia de la justicia constitucional, lo que le permite la autonomía procesal en el ámbito de un Derecho Procesal especializado Constitucional, que si bien parte del Derecho Procesal cuenta con independencia y criterios propios de la materia a la que se consagra, y en el campo de esta especialidad cuenta,

⁴⁵ RAY GUEVARA, Milton. Ob. cit., p. 291. Discurso de la Audiencia Solemne de Rendición de Cuentas en el Segundo Aniversario del Tribunal Constitucional.

entonces, con autonomía, en la medida que no valora otros aspectos más que hacer prevalecer el orden constitucional y los derechos fundamentales, situación que no se tipifica en los procesos ordinarios, en lo que se impone el formalismo sobre el derecho que se reclama. A título de ejemplo, basta con citar las nulidades de los actos del procedimiento, lo que no ocurre en el ámbito de las acciones constitucionales.

En este sentido, Rodríguez Patrón expone:

“[E]l Tribunal Constitucional ejerce su “autonomía procesal”, como especialidad frente a los demás órganos judiciales y constitucionales, cuando realiza ese perfeccionamiento jurisdiccional de su regulación procesal más allá de los métodos judiciales tradicionales de interpretación e integración del Derecho, creando reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad (...). Entonces, al igual que los reglamentos de organización y funcionamiento interno, la “autonomía procesal” es una garantía de la independencia funcional. La razón (...) se halla en la salvaguarda de dogma de los reglamentos de los órganos constitucionales como normas de efectos exclusivamente *ad intra*, pero no lo hace en un reglamento, sino en sus pronunciamientos judiciales y no por ser el órgano constitucional, sino por ser [el] Tribunal”⁴⁶.

Es que poner el freno del rigor procesal a las acciones constitucionales implicaría una camisa de fuerza a la tutela constitucional que se enfrenta a la infracción más grosera, como lo es la violación de la Constitución y de los derechos fundamentales, sin los cuales no hay garantía ni seguridad jurídica de un Estado de Derecho. Pensar en contrario habría impedido la

⁴⁶ RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la Configuración de su Derecho Procesal. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 62- Mayo-Agosto 2001, p. 173. Consultada online.

célebre decisión del juez Marshall, en 1803⁴⁷, decisión que dio luz para la posterior construcción efectiva de un mecanismo de garantía a la supremacía constitucional, hasta llegar al actual Derecho Procesal Constitucional, como instrumento para las acciones constitucionales y método de control difuso de constitucionalidad.

Al Tribunal Constitucional le ocupa la protección de la Constitución, que es la razón de su creación. Como expone Colombo Campbell, las personas solo lograrán el respeto de sus derechos constitucionales cuando cuenten con el proceso que les permita hacer efectiva la supremacía constitucional, cuyo éxito tiene sustento por el nuevo enfoque de eficacia de las garantías constitucionales a través del proceso, al que le han configurado su autonomía⁴⁸.

⁴⁷ Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Marbury Vs. Madison.

⁴⁸ Cfr. COLOMBO CAMPBELL, Juan. Ob. cit., p. 8. El éxito de la Supremacía Constitucional tiene pleno sustento en las modernas concepciones planteadas por destacados juristas como Hans Kelsen, Mauro Cappelletti, Piero Calamandrei, Eduardo Couture y Pedro Sagüés, que al dar un nuevo enfoque a la eficacia jurisdiccional de las garantías constitucionales a través del proceso, la han configurado con autonomía.

Bibliografía

ALFARO PINILLO, Roberto. *Guía rápida del proceso constitucional de amparo*. 1ª ed. Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley. E.I.R.L. 2009, p. 15.

BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. *Derecho Procesal Constitucional*. Panamá. 2011. Disponible en:
<https://borisbarriosGONZÁLEZ.wordpress.com/maestriaderecho/derecho-constitucional>.

CARRASCO DURÁN, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Gráficas/85, S.A., Madrid, 2002.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*. Lus et Praxis. Online. 2002. V. 8. No. 2, p. disponible en <http://dx.doi.org.10.4067/S0718-00122002000200002>.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. REDC 25. Enero – abril. 1989.

ETO CRUZ, Geraldo. “La naturaleza jurídica del amparo”, *La doctrina constitucional y administrativa del estado social y democrático de derecho*. Liber amicorum Allan Brewer-Carías. 1ª ed. Editorial Librería Jurídica Internacional, S.R.L. Santo Domingo, 2016.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. 1ª ed., Bogotá. Temis editorial. 2001.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Derecho constitucional en perspectiva*. 2ª ed. dominicana. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Santo Domingo. 2011, p. 90.

GUTIÉRREZ, Gustavo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. 1ª ed. Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley. E.I.R.L. 2009.

JORGE PRATS, Eduardo. *Derecho constitucional*. Vol. 2 2ª Edición. Santo Domingo. Jus Novum, febrero 2012.

LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La Experiencia del Perú*. Online. P. 3. Disponible:
<https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2013/07/autonomiaprocesal-del-tribunal-constitucional-cc3a9sar-landa-arroyo.pdf>

RAY GUEVARA, Milton. *Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional*. V.I 1ª ed. Editora Búho. 2015, pp. 313-314. Discurso de la Audiencia Solemne de Rendición de Cuentas en el Segundo Aniversario del Tribunal Constitucional.

RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. *La libertad del tribunal constitucional alemán en la configuración del derecho procesal*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21. Núm. 62 mayo-agosto 2001.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79701.pdf>

Sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano consultadas:

- Sentencia TC/00038/12, 13 de septiembre.
- Sentencia TC/00095/12, 21 de diciembre.
- Sentencia TC/00099/13, 14 de junio.
- Sentencia TC/00159/13, 12 de septiembre.

- Sentencia TC/00168/13, 23 de septiembre.
- Sentencia TC/00202/13, 13 de noviembre.
- Sentencia TC/00257/13, 17 de diciembre.
- Sentencia TC/00021/14, 20 de enero.
- Sentencia TC/00305/14, 22 de diciembre.
- Sentencia TC/00070/15, 16 de abril.

más, pues lo que es propiamente vinculante de un caso precedente no es en sí la decisión adoptada, sino el criterio, principio o razón jurídica que se han ofrecido para apoyar esa decisión. De ahí que el tercero y fundamental concepto de precedente sea el que entiende por tal, *sensu stricto*, el *criterio, principio o razón jurídica* en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones². Lo dicho significa que en una determinada sentencia no vincula como precedente cualquier afirmación contenida en ella, sino exclusivamente su *ratio decidendi* o *fundamento*, es decir, los principios y criterios que la “fundamentan”. En cambio, cualquier otra consideración jurídica realizada en la sentencia que no haya sido necesaria para adoptar esa decisión es un *obiter dictum* y no es vinculante como precedente. De hecho, uno de los problemas prácticos más comunes que presenta el seguimiento de precedentes es precisamente la dificultad para distinguir la *ratio decidendi* de los *obiter dicta* cuando se pretenden determinar los efectos vinculantes de una decisión concreta. En adelante, si no se indica lo contrario, usaremos el término “precedente” en este tercer sentido: como el criterio o principio jurídico para la adopción de la decisión.

1.2. Clases de precedente.

Podemos distinguir entre dos tipos de precedentes, dependiendo de si son *vinculantes* o simplemente *persuasivos*. El primer supuesto hace referencia a los precedentes que *tienen que ser seguidos* cuando en el futuro se resuelvan casos sustancialmente idénticos. El segundo, a los que *no tienen que ser seguidos*, pero *hay buenas razones* para que sí lo sean. Por consiguiente, el rasgo principal que subyace a la distinción comentada es, en realidad, la fuerza

² Por supuesto, no todo el mundo piensa lo mismo. Grant Lamond, por ejemplo, entiende que los precedentes no crean reglas; y, más concretamente, que el *common law* no puede ser entendido como un sistema de adopción de decisiones basadas en reglas sino como un sistema de adopción de decisiones caso-por-caso, y que la doctrina del precedente gobierna esta adopción de decisiones exigiendo a los jueces y tribunales que entiendan que los casos anteriores han sido correctamente decididos (“Do precedent create rules?”, *Legal Theory* (2005), 11:1:1-26).

o la debilidad de las razones para seguir el precedente. La cuestión se desplaza entonces al análisis de estas razones.

Las razones para seguir un precedente pueden variar, dependiendo de si este procede de un órgano judicial de nivel superior, de un tribunal o juez del mismo nivel, o del propio órgano. En virtud de este criterio, el precedente puede ser de tres tipos: vertical, horizontal y autoprecedente.

Llamamos *precedente vertical* al que procede de una decisión anterior de un juez o tribunal de rango superior al del juez o tribunal que tiene que decidir ahora un caso dado. La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quieta non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos.

Precedente horizontal es el que procede de una anterior decisión de un juez o tribunal homólogo al que ahora tiene que decidir. En rigor, no cabe hablar de “vinculación” al precedente horizontal, pues por regla general estos precedentes son solo *persuasivos*³. Por eso –hay que precisar– el precedente horizontal alude en realidad a que los jueces y tribunales adoptan sus decisiones “mirando” (o sea, tomando en consideración) cómo han sido resueltos casos similares por jueces o tribunales homólogos.

Llamamos, por último, *autoprecedente* al que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir. La regla que vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes será llamada, por consiguiente, *regla del autoprecedente judicial*.

Naturalmente, no ignoro que el uso de estas expresiones no resulta pacífico. Para empezar, he asimilado la expresión *stare decisis* a la vinculación al precedente vertical, pero lo cierto es que, por lo general, también suele incluirse en ella a la doctrina que confiere valor vinculante a las propias

³ Por regla general, pues no hay que descartar la posibilidad de un precedente horizontal *vinculante*. Es el caso de la *Court of Appeal* inglesa, que está obligada por las decisiones de los tribunales de jurisdicción concurrente más antiguas, por ejemplo las de la *Court of Exchequer Chamber*.

decisiones⁴. Es más, hay quien sostiene incluso que el *stare decisis* solo hace referencia a esta última, por entender que la vinculación al precedente vertical es solo la consecuencia natural de la organización jerárquica de los tribunales⁵. Yo, sin embargo, he preferido identificar *stare decisis* solo con la vinculación al precedente vertical por una razón de peso: porque creo –como intentaré sostener aquí– que hay una diferencia esencial entre esta regla y la regla del autprecedente.

Y aun debo hacer una segunda precisión. Los precedentes que proceden del propio tribunal no suelen ser designados como “autoprecedentes” sino que lo normal es referirse a ellos como “precedentes horizontales”. Yo, sin embargo, me separo también aquí del uso común y considero preferible mantener las dos expresiones. Primero, porque la expresión “autoprecedente” sugiere muy claramente –y desde luego, más claramente que la expresión “precedente horizontal”– la vinculación a los propios precedentes. Y segundo, porque considero interesante mantener también un espacio terminológico autónomo (“precedente horizontal”) para los precedentes, de fuerza generalmente solo persuasiva, que provienen de otros juzgadores homólogos.

La vinculación al precedente suele presentarse como uno de los rasgos distintivos de los sistemas de *common law* frente a los de *civil law*, donde los jueces –se sostiene– actuarían vinculados a la ley y no a los precedentes judiciales. Las cosas, por supuesto, no son así. Salvo que se opte por una reconstrucción tan simplista como ficticia de la tarea judicial de aplicación del derecho, no cabe decir, sin más, que en los sistemas de *civil law* la jurisprudencia carece de valor vinculante; como tampoco cabe decir, por cierto, que en los sistemas de *common law* la “vinculación a la ley” –frente a la

⁴ Vid., por ejemplo, los trabajos recogidos en *Precedent in Law* (L. Goldstein ed.), Oxford, Clarendon Press, 1991; Ana Laura Magaloni, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001; o Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, 21, 2004, p. 223.

⁵ En España, por ejemplo, Enrique Alonso, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. 165.

vinculación al precedente- ocupa un lugar secundario. De todos modos, mientras que pueden hallarse diferencias sustanciales entre ambos sistemas en lo referente al papel y al alcance de la vinculación al precedente vertical⁶, no cabría en cambio trazar ninguna diferencia relevante referida a la naturaleza y alcance de la vinculación al propio precedente. Ello es así porque esta regla, a diferencia de la del precedente vertical, constituye un instrumento contra la arbitrariedad o, lo que es lo mismo, una garantía de racionalidad, y por consiguiente, es consustancial a la tarea judicial, independientemente de las particularidades del sistema jurídico en que dicha actividad se desarrolla⁷.

En lo que sigue, centraré mi atención en esta regla. Primero, intentaré mostrar cómo efectivamente puede (y debe) ser entendida, como una regla de racionalidad judicial, y después identificaré los requerimientos específicos que derivan de esta caracterización de la misma. Finalmente, a partir de ellos, estaremos en condiciones de analizar mejor algunos problemas relativos a la aplicación de la regla, así como de mostrar que estos problemas (y otros notorios déficits de aplicación de la regla) obedecen a una mala comprensión de la naturaleza y requerimientos de la misma.

2. Caracterización y fundamentación de la regla del autprecedente

2.1. Los valores promovidos por la vinculación al precedente

Los distintos argumentos ofrecidos en apoyo de la regla del precedente (incluyendo en ella no solo la del autprecedente sino también la del

⁶ Del mismo modo que existen también notables diferencias entre el sistema del precedente vertical en el *Common law* inglés y el vigente en el *Common law* norteamericano. Véase, por ejemplo, la exposición de ambos sistemas que realiza Victoria Iturralde, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995.

⁷ La idea es sostenida también por Silvia Díez, si bien alegando que la infracción de esta regla atenta, no contra la racionalidad sino contra la más elemental idea de justicia (la de tratar igual lo que es igual): “los precedentes –dice la autora- también deben seguirse aunque no exista una regla específica que lo exija en los países del Civil law”. Por eso esta doctrina “tendría cabida en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno” (cfr. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 108).

precedente vertical) están directamente vinculados a los valores que promueve. Los resumo a continuación.

En primer lugar, el precedente garantiza la *seguridad jurídica* y la *estabilidad* en el derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso; es decir, que pueden tomar decisiones confiando en que las reglas jurídicas usadas por los jueces con anterioridad les serán aplicadas también a ellos. Este rasgo del seguimiento de precedentes ha sido clásicamente destacado: cuando una decisión anterior ha sido reflexivamente adoptada y suficientemente fundada –afirma James Kent, exponiendo la cultura del precedente en el derecho americano– “the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitly followed”⁸. En segundo término, y muy importante, el seguimiento de precedentes promueve el principio de *igualdad formal*, puesto que garantiza que los casos iguales sean tratados de igual manera. Y en tercer lugar, el precedente *ahorra tiempo al tribunal*, porque el caso ya cuenta con una solución jurídica que, además, no requiere ser motivada. O más exactamente, si se sigue el precedente no es necesario justificar que el criterio jurídico que este encarna representa la respuesta correcta y adecuada para el caso, pues esa justificación ya fue hecha cuando se estableció el precedente. Es la *función de descarga* que cumple el seguimiento de precedentes.

Pero la vinculación al precedente propio, a diferencia de la vinculación al que proviene de otros tribunales, promueve un valor adicional: el valor de la *racionalidad en la aplicación del derecho*. De hecho, la tesis que sostendré aquí es que la regla del autprecedente *no es, en sentido estricto, un instrumento*

⁸ James Kent, *Commentaries on American Law*, 11^ª ed., Little, Brown and Company, Boston, 1867, vol. I, pp. 519-20 (cit. por E Sodero, “El cambio de precedentes”, cit., p. 525).

para la seguridad, la estabilidad y la igualdad jurídicas, sino que es primariamente una garantía contra la arbitrariedad. En definitiva, que se trata, en esencia, de una regla de racionalidad y, por consiguiente, de una regla de la argumentación jurídica⁹.

2.2. Caracterización y fundamentación de la regla

2.2.1. Traslación jurídica del principio de universalidad.

Pese a que muchas veces se presenta al autoprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia, fundado en la necesidad de garantizar la seguridad y estabilidad jurídicas y la igualdad formal en la aplicación de la ley, no creo que esta sea la caracterización más apropiada del mismo. En mi opinión, la doctrina del autoprecedente debe ser entendida como una traslación del principio kantiano de *universalidad* al discurso jurídico de los jueces y tribunales, pues lo que dicho principio expresa es la exigencia de que exista una *única solución correcta para los mismos supuestos*, y eso precisamente –aunque formulado con otros términos– es lo que representa la regla del autoprecedente. Más exactamente, aunque no quepa decir que en el ordenamiento existe una única respuesta correcta, descubrible de igual forma por cualquier juez o tribunal, el principio de universalidad exige suponer que dicha respuesta sí existe en cambio para cada juez o tribunal individualmente considerado. La regla del autoprecedente es justamente la traslación al ámbito jurídico de esa exigencia de “actuar *como si existiera una única respuesta correcta*” que deriva del principio de universalidad.

⁹ Leonor Moral también sitúa el estudio del autoprecedente en particular y del precedente en general en el discurso del razonamiento jurídico. Me parece acertado este enfoque, que se aparta así del tradicional pero estéril análisis desde la teoría de las fuentes del derecho (vid. *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002).

La universalidad, en efecto, expresa un principio fundamental de la razón práctica kantiana en virtud del cual *debemos actuar siempre conforme a un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal*¹⁰. En el plano jurídico, por consiguiente, este principio exige que los jueces o tribunales, cuando deban resolver una controversia, adopten aquella decisión que, por considerarla correcta, estén dispuestos a suscribir en futuros casos sustancialmente idénticos. Se trata, pues, de un principio ético extremadamente formal, que se impone *en todo caso*: una decisión no universalizable difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable. Pero la exigencia de universalidad se hace particularmente evidente cuando no disponemos de reglas que indiquen de modo concluyente cómo ha de actuarse en un caso concreto, es decir, cuando el conjunto de los materiales jurídicos del sistema no garantiza la anhelada respuesta correcta al caso planteado. En estos supuestos donde la discrecionalidad es irreductible, donde nos hallamos ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito de un cierto problema, aquí –decimos– la universalidad kantiana viene a representar “casi” la última garantía de racionalidad¹¹.

Y al respecto, una observación. Precisamente porque el espacio natural de la regla es el ámbito de la discrecionalidad judicial, la regla deja de tener sentido allí donde *institucionalmente* se instaure una única respuesta correcta. Esto es precisamente lo que ocurre cuando en un ordenamiento se establecen

¹⁰ Como es bien conocido, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano dice así: “Obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”, Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez Velasco, Madrid, Espasa Calpe, 1994, p. 92.

¹¹ “Casi”, porque también existen otros criterios de racionalidad que habría que atender. Singularmente, que la decisión sea *consistente y coherente* con los principios del sistema y con el resto de las decisiones adoptadas, o que las *consecuencias* de la misma resulten aceptables y no pongan gravemente en peligro bienes y estados de cosas que se consideren valiosos. Tales principios, junto con el de la universalidad, son propuestos, por ejemplo, por Neil MacCormick como criterios generales de racionalidad de las decisiones adoptadas para los problemas prácticos y jurídicos (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, capítulo V).

mecanismos de unificación jurisprudencial que culminan en un tribunal superior (o sea, cuando existe un precedente vertical vinculante): aquí la respuesta correcta existe, y es precisamente la que ofrece ese tribunal superior cuyo precedente vincula a los demás. Por eso en este caso carece de sentido someter a los jueces y tribunales inferiores a la regla del autoprecedente, pues su actuación no es discrecional: lo que deben hacer es seguir la jurisprudencia del tribunal superior. En cambio, sí es necesario que el tribunal superior ajuste su actuación a la regla del precedente, a fin de garantizar que, en la determinación de “la respuesta correcta” que vinculará al resto de los tribunales, se comporte racionalmente. Muy brevemente: en estos supuestos, los tribunales inferiores actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior. El tribunal superior actuará bien si sigue la regla del autoprecedente.

Que la regla del autoprecedente es una regla de la argumentación racional, que proyecta en el discurso judicial la máxima universalizadora, es algo que ha sido sostenido por algunos de los más destacados representantes de la teoría de la argumentación jurídica. Robert Alexy la vincula expresamente a una de las reglas básicas del discurso práctico general, aquella según la cual “todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar también F a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”. En el mismo sentido, Aulis Aarnio sostiene que “un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares”¹². Y también para Neil MacCormick la universalidad, en el sentido indicado, es uno de los requisitos que debe superar la argumentación jurídica en los casos difíciles.

2.2.2. Contenido de la regla.

¹² Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación*, pp. 301-302; cfr. También pp. 262 ss. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, p. 256.

En mi opinión, es precisamente MacCormick quien proporciona una explicación más ajustada del contenido de esta regla, al sostener que el principio de universalidad *se proyecta* en el discurso judicial aplicativo *tanto looking back* (mirando al pasado) *como looking forward* (mirando al futuro), de manera que implica que el criterio utilizado para resolver un caso ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, pero también, y sobre todo, el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares¹³. Y en esto consiste precisamente la doble y complementaria faceta que representa el núcleo del respeto al propio precedente: “la decisión adoptada en un caso constituye una buena razón para reiterarla en otro supuesto análogo, y la decisión del presente debe tomarse teniendo en cuenta el futuro, es decir, preguntándose si la misma puede valer como criterio general”¹⁴. La regla del autprecedente funciona, por lo tanto, en dos sentidos:

1º. *Hacia el pasado*: exigiendo propiamente respeto al precedente.

2º. *Hacia el futuro*: exigiendo en todo caso la aplicación de un criterio universalizable.

Esta segunda parte constituye el corazón de la regla, e implica tres cosas importantes que, en mi opinión, deben ser destacadas, con el fin de deshacer algunos malentendidos que tienen lugar en su aplicación.

1. *La regla del autprecedente es una regla de racionalidad (...)*

La caracterización señalada (o sea, la regla como exigencia de un criterio universalizable) implica, en primer lugar, que existe una notable diferencia entre la regla del autprecedente, de un lado, y la regla del precedente vertical, de otro. Esta última solo suministra una pauta sustantiva para resolver el caso, y por eso no existe diferencia entre “seguir la ley” y “seguir el precedente”. De hecho, podría decirse que el *stare decisis* cumple la misma función que la

¹³ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 97. Vid. en general pp. 75 ss.

¹⁴ Luis Prieto (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, p. 165) interpretando a Neil MacCormick (*Legal Reasoning*, cit., p. 97).

vinculación a la ley: hacer que los casos se resuelvan conforme a un parámetro jurídico preconstituido, o sea el principio del *rule of law (and not of men)* o del *estado de derecho*. El autoprecedente, por el contrario, equivale a la observancia del principio de universalidad por cada juez o tribunal concreto, y lo que exige a esto *no es tanto dictar hoy la misma sentencia que dictaron ayer sino más bien pronunciar hoy la que en principio estarían dispuestos a pronunciar siempre y desearían que pronunciasen los demás*. Es decir, que mientras que lo importante en el precedente vertical es que nos ofrece un criterio sustantivo para regular el caso contemplado que el tribunal debe seguir, en el autoprecedente lo importante no es que el tribunal siga un criterio anterior -que puede no existir- cuanto que adopte una actitud universalizadora y dicte una resolución basada en un criterio que esté dispuesto a usar en el futuro, en todos los casos semejantes. En suma, el precedente vertical *indica cuál ha de ser el criterio* para resolver un caso: justamente el adoptado precedentemente. La técnica del autoprecedente actúa solo como un control de racionalidad sobre el modo de resolver un caso, *obligando a adoptar un criterio universalizable pero sin indicar propiamente cuál ha de ser ese criterio*.

2. (...) que vincula a todos los jueces y tribunales (...)

En segundo término, la caracterización de la regla del autoprecedente como la obligación de universalizar las propias decisiones implica que ésta no se circunscribe a ningún grupo concreto de jueces o tribunales. Al ser básicamente una regla argumentativa que garantiza la racionalidad, se impone a todos los jueces y tribunales, con independencia de cualquier previsión legal al respecto.

3. (...) y que no impide abandonar el precedente

Por último, y más importante, esa caracterización entraña que la regla *no impide abandonar el propio precedente*¹⁵. Al contrario, es precisamente el

¹⁵ Lo que hace esta regla -dice Francisco Laporta- es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores "si no observa una razón relevante para modificarlos" (...). Los precedentes, como razones para decidir, "entran en el campo de juego de las razones, y pueden ser argumentados y, en último

cumplimiento del principio de universalidad –que como se ha dicho es el corazón de la regla- lo que acarrea, en muchos casos, el abandono del propio precedente. Así sucede, por ejemplo, cuando se piensa (y puede sostenerse cabalmente) que en los casos precedentes la decisión era *errónea* porque el derecho no se interpretó bien o no se aplicó bien, y que por consiguiente, es necesario sustituir el precedente criterio erróneo por el que ahora se estima correcto¹⁶. Pero así sucede también cuando el criterio precedente *ya no se considera adecuado*, bien porque ha cambiado el contexto normativo global en el que se inserta el derecho a aplicar, o bien porque han cambiado claramente las circunstancias o las valoraciones sociales que justificaban el criterio jurídico precedente; de hecho, este es precisamente el sentido de la *interpretación evolutiva*¹⁷. Sin esta constante posibilidad de adaptación de los precedentes, el derecho no puede cumplir sus fines esenciales¹⁸.

Ahora bien, abandonar (o adaptar) el propio precedente no es algo que pueda hacerse sin más, sino que *conlleva una carga de argumentación*¹⁹ que

término, abandonados” (Cfr. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”, presentación del libro de Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 34 y 37).

¹⁶ De esta rotunda y clara forma expresaba Thomas Hobbes esta idea: si un juez entiende que el criterio que ha usado precedentemente es errado y “encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria [a él], está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él” (cfr. *Leviatán*, FCE, México, 1940, p. 227).

¹⁷ <<Es fastidioso –decía Oliver Wendell Holmes, subrayando este punto- que la mejor justificación de la obligatoriedad sea una regla jurídica que fue establecida en el tiempo de Enrique IV. Pero es aun más insoportable si su razón de ser o fundamento se ha desvanecido hace mucho tiempo y la regla simplemente persiste por imitación ciega del pasado>> (“The Path of Law”, *Harvard Law Review*, vol.10, 1897, p. 469).

¹⁸ Me parece plenamente acertada la observación de Karl Larenz al respecto: “el juez no debe aceptar (...) ciegamente el precedente. No solo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él, si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo, a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico” (*Metadología de la ciencia del derecho*, 4ª ed. 1979, trad. cast. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 430).

¹⁹ Este aspecto de la carga de la argumentación fue subrayado por Chaïm Perelman al explicar el *principio de inercia*, según el cual una solución adoptada en alguna ocasión permanecerá en el futuro, y no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos (Chaïm Perelman y L- Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1970, pp. 142 ss). En el mismo sentido, Robert Alexy sostiene que la apelación a una praxis preexistente no necesita justificación alguna pero <<Quien quiera apartarse de un precedente asume la *carga de la argumentación*>>; esta es una de las principales reglas sobre el uso de precedentes (*Teoría de la*

supone a mi juicio: 1) no solo la *explicación ordinaria de las razones* que fundamentan la decisión, sino que incluye también 2) una exigencia suplementaria de *justificación del apartamiento del criterio anterior*. Esta justificación ha de venir orientada justamente por la universalidad, y consiste, por consiguiente, en acreditar que el nuevo criterio es el que, por estimarse correcto (o más correcto que el anterior), se está dispuesto a usar en el futuro, en los casos sustancialmente iguales. Esta justificación, conforme a la universalidad es la única forma de disipar las dudas que pudieran existir sobre la arbitrariedad de la nueva decisión o sobre la sensación de que esta se ha tomado descuidadamente, ignorando la existencia de un criterio precedente distinto. Por lo demás, es evidente que la necesidad de justificar una decisión *overruling* se hace más intensa cuando el precedente ha gozado de una sólida justificación. Ciertamente, si una decisión se ha adoptado tras una ardua deliberación y con una sólida argumentación, hay una presunción a favor de su corrección, y por lo tanto, no puede abandonarse sin un especial esfuerzo argumentativo.

En resumen, la vinculación al propio precedente no es inexorable: es perfectamente posible que un tribunal abandone su propio precedente. Pero el abandono del precedente no puede hacerse sin más, sino que ha de estar guiado por el principio de universalidad. Por consiguiente el cambio del precedente solo estará justificado cuando se acredite que el criterio de decisión precedente era *erróneo* o *inadecuado* y que el criterio actual es, en cambio, el correcto y el que, por ello, se usará en el futuro.

argumentación, cit., p. 265). Y Aulis Aarnio también piensa que "no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente", por lo que "necesariamente un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado" (*Lo racional como razonable*, cit., p. 260).

2.2.3. Posibilidad de juridificar la regla

Y una última cuestión sobre la posibilidad de juridificar la regla del autoprecedente, es decir, sobre la eventualidad de hacer de esta regla de la argumentación racional una exigencia de legalidad o incluso de constitucionalidad. Y es que, aun aceptando que la doctrina del autoprecedente expresa una regla de racionalidad de la actuación judicial especialmente intensa, allí donde existe una fuerte discrecionalidad interpretativa, cabe preguntarse en qué medida dicha regla puede encontrar respaldo en un sistema jurídico. Que el juez deba ser fiel a las leyes no ofrece discusión. Que deba serlo también a la jurisprudencia parece más o menos aceptado. Pero ¿cabe exigirle que realice un ejercicio de universalización como el descrito?

No constituye el objeto de este trabajo el análisis de las posibilidades de juridificación de la regla del autoprecedente. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que en España, esta regla ha cobrado carta de naturaleza jurídica, por obra de la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha hecho de su seguimiento una exigencia de constitucionalidad de la actividad de jueces y tribunales. Es verdad que la caracterización del autoprecedente como garantía de racionalidad haría esperar que la articulación jurídica de esta regla se hubiera vinculado a “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” que contempla el artículo 9.3 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha preferido configurar jurídicamente esta regla como una exigencia de la igualdad en la aplicación de la ley, haciendo así de su infracción un motivo para el amparo constitucional²⁰.

²⁰ He analizado esta doctrina en *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

3. Cuestiones (vistas como) problemáticas.

Pese a que incluso en los ordenamientos de *statutory law* la regla del autoprecedente goza de una razonable aceptación doctrinal y jurisprudencial, hay una serie de cuestiones referentes a su aplicación que son vistas como problemáticas y sobre las que existe una cierta discusión doctrinal. Merece la pena destacar al menos tres de ellas que, a mi juicio, ponen de relieve cómo en muchos casos la discusión obedece a la falta de una concepción clara sobre la naturaleza de esta regla.

3.1. Cambios en la composición o titularidad de los tribunales.

Una de las cuestiones más recurrentemente problematizadas es la de si el precedente sigue vinculando cuando cambia el juez titular del juzgado o la composición del tribunal. La cuestión puede presentarse de las dos siguientes formas.

1ª) Si la regla del autoprecedente establece que cada concreto juez o tribunal está vinculado por el precedente de "ese mismo" juez o tribunal, entonces cabe preguntarse si cuando se ha producido un cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición de un tribunal (es decir, en las personas que encarnan ese órgano judicial) ese juez o tribunal continúa realmente siendo "el mismo". *La duda, pues, es si -al menos a los efectos de la regla- un órgano judicial se identifica con las personas que lo representan.* Lo que conecta con la segunda formulación del mismo problema.

2ª) Si el objeto y sentido de la regla del autoprecedente no es unificar jurisprudencia sino solo *evitar decisiones arbitrarias* (y precisamente por eso el precedente que se impone es el propio y no otro ajeno), entonces solo tiene sentido aplicarla cuando los individuos que encarnan el órgano judicial son los mismos que había cuando se creó el criterio precedente. *Cuando los individuos ya no son los mismos, la regla -se argumenta- deja de tener sentido, pues si se aplicara estaría simplemente unificando jurisprudencia.*

Con una argumentación o con otra, lo cierto es que a veces se sostiene que la regla no puede aplicarse cuando han cambiado los individuos que encarnan el órgano judicial. En mi opinión, sin embargo, el problema señalado no es tal. Que los individuos que eventualmente ocupan un juzgado o integran un tribunal hayan cambiado o no es irrelevante, a efectos de determinar la obligación de observar la regla del autprecedente. La regla es perfectamente aplicable, con independencia de dicho cambio de individuos. Y la razón es extremadamente simple.

La regla no tiene por objeto primordial unificar jurisprudencia sino solo evitar la arbitrariedad judicial, y por consiguiente, no obliga a mantener rígidamente y en cualquier circunstancia el propio criterio legal anterior sino solo <<a mantenerlo en la medida en que no haya una razón de peso para cambiarlo>>. Se trata, dicho con más precisión, de una regla de racionalidad que impone a los órganos jurisdiccionales <<seguir sus propios precedentes o - si los cambia- justificar el cambio>>. Por tanto, no se ve por qué razón la regla no habría de aplicarse cuando la composición del tribunal no sea la misma. Es perfectamente “lógico” exigir a un juez o tribunal que, cuando se aparte de su propio criterio precedente, justifique el nuevo criterio de decisión que, precisamente por ser distinto del criterio precedente, aun no ha sido justificado en ese órgano judicial. Y es perfectamente “lógico” exigir que esta justificación cumpla el principio de universalidad. Sostener, por el contrario, que la regla no es aplicable cuando ha habido cambios en la composición del tribunal equivaldría a mantener que el “nuevo” tribunal puede sentar un criterio distinto del precedente, sin necesidad de justificar por qué este nuevo criterio es más correcto o apropiado que el anterior. Lo cual resulta manifiestamente inaceptable.

Por lo demás, los cambios en la titularidad de los juzgados o en la composición de los tribunales no solo no son un problema para la aplicación de la regla del autprecedente sino que incluso representan su “espacio natural”. Dicho con más precisión, *lo normal es que el cambio de precedente* -y la

consiguiente necesidad de justificarlo- *surja cuando se han producido cambios en la composición del tribunal*²¹. Esto es así -de nuevo- por una extremadamente simple razón. Justificar el cambio de precedente se resume en mostrar que este cumple el principio de universalidad, es decir, en mostrar que -por las razones que fuere- el nuevo criterio es el que se entiende más correcto o apropiado y el que por ello se presenta con vocación de futuro. Es evidente que esta circunstancia (que el juez o tribunal entienda que hay un criterio más correcto o apropiado que el precedente y que es el que se pretende usar en adelante) puede tener lugar cuando el juzgado o tribunal esté encarnado por las mismas personas que sostuvieron la línea precedente. Pero también es evidente que lo más probable es que esto suceda cuando cambie la titularidad del juzgado o la composición del tribunal.

En suma, no hay contradicción alguna entre regla del autoprecedente y cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición del tribunal. Ambas circunstancias son perfectamente compatibles y ello al menos por dos razones. Primero, porque lo que la regla impone al tribunal no es seguir el precedente sino *justificar su cambio*, y esto es algo que puede (y debe) hacerse, con independencia de que los individuos-jueces sean o no los mismos que adoptaron el criterio que ahora se abandona. Y segundo, porque además, lo normal es que los cambios de precedente tengan lugar, precisamente, cuando cambian las personas que encarnan el órgano judicial.

3.2. Aplicación de la regla cuando un tribunal trabaja "a varias salas o secciones".

Otra de las cuestiones discutidas vinculadas a la aplicación de la regla del autoprecedente es la que aflora cuando los tribunales trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de estas. El problema

²¹ Cfr. el voto disidente del Justice Scalia, en la sentencia "South Carolina vs. Gathers", 490 US, 805 (1989): "overrulings of precedents rarely occur without a change in the Court's personer" (tomo la referencia de Eduardo Soderó, "Sobre el cambio de los precedentes", cit., p. 223).

que entonces se plantea es si la regla se aplica al tribunal, unitariamente considerado, o si por el contrario, se aplica a cada una de sus diferentes salas o secciones, individualmente consideradas. La cuestión enunciada se formula a veces en los siguientes términos: ¿Qué es un tribunal, a efectos de la regla del autoprecedente judicial? Y en concreto, ¿han de ser consideradas las diferentes salas o secciones dentro de un tribunal *tan solo instancias* del tribunal o, por el contrario, han de ser consideradas *un tribunal* en el sentido de la doctrina del autoprecedente?

Conviene observar que si se responde que cada una de las salas o secciones del Tribunal es solo eso, una parte del Tribunal, y que por consiguiente, *el ámbito de aplicación de la regla es "el Tribunal"*, considerado como un único órgano judicial, entonces se hace necesario, como paso "lógicamente" previo a la aplicación de la regla, articular en el seno del tribunal mecanismos para unificar la jurisprudencia de sus diferentes salas o secciones. Si se responde, en cambio, que cada sala o sección del Tribunal debe ser considerada como un órgano judicial independiente, y que por consiguiente, *la regla es aplicable a cada una de ellas*, entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido por el público profano.

Es precisamente esta posibilidad de jurisprudencia contradictoria asociada a la concepción de las diferentes salas como órganos judiciales independientes lo que explica que quienes conciben la regla del autoprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia tiendan a responder en el primer sentido (es decir, considerando que cada sección o cada sala es *solo una instancia* del Tribunal), mostrándose entonces críticos con aquellas prácticas jurisprudenciales que, a efectos de la aplicación de la regla, potencian la autonomía de las diferentes salas de un tribunal o incluso de las diferentes secciones existentes dentro de una sala.

El recelo de estos críticos es perfectamente comprensible, sobre todo si se considera que la unidad de jurisprudencia promueve valores dignos de protección, como la seguridad jurídica, la estabilidad y la igualdad. Sin embargo, para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla. Recordemos, pues, una vez más: 1º) que la regla es, en sentido estricto, una *garantía de racionalidad* (o sea, un instrumento contra la arbitrariedad) y solo derivadamente un mecanismo de unificación jurisprudencial; y 2º) que se articula como una *regla de argumentación* que exige a los órganos judiciales <<o bien seguir el precedente, o bien justificar su abandono argumentando que el nuevo criterio se ajusta a la máxima universalizadora>>. Por eso no parece incompatible con la lógica de la regla considerar a cada sala de un Tribunal (e incluso a cada sección de una sala) como un órgano judicial independiente. Ahora bien, que no sea incompatible tampoco significa que sea necesario: porque tampoco es incompatible con la lógica de la regla considerar a las diferentes salas como instancias de un único Tribunal (o a las diferentes secciones como instancias de una única sala) y establecer, como paso previo a la aplicación de la regla del autoprecedente en ese único Tribunal, algún tipo de mecanismo para unificar la jurisprudencia de las salas.

3.3. ¿Efectos retroactivos o prospectivos en el cambio de precedentes?

Por último, otra de las cuestiones problemáticas más relevantes tiene que ver con los efectos (prospectivos o retroactivos) que habría que atribuir al cambio de precedente. La pregunta en concreto es la siguiente: el nuevo criterio que se adopta cuando se abandona el precedente, ¿debe aplicarse “solo” a los casos que surjan en el futuro (*prospective overruling*)? ¿O debe aplicar

“también” a los casos nacidos en el pasado y pendientes de resolución (*retroactive overruling*)?²².

Si la pregunta es importante es porque en ella está en juego el valor de la seguridad jurídica. Porque, en efecto, podríamos responder –como habría que hacer a partir del principio de universalidad- que el nuevo criterio, una vez establecido, *debería aplicarse a todos los casos que deban ser resueltos*²³, y por consiguiente 1) no solo a los que se producen tras el cambio, sino también 2) al caso en el que se produce el cambio y, en general, 3) a todos aquellos que, aun teniendo su origen en hechos ocurridos antes del cambio, están pendientes de resolución. Pero entonces se estará admitiendo una aplicación *retroactiva* del derecho (dado que en estos dos últimos supuestos, el nuevo criterio de decisión –que representa en definitiva la “ley” del caso- se habrá “creado” *ex post facto*) y por consiguiente, *se estará lesionando la seguridad jurídica*. Así pues, ¿qué efectos son los apropiados?

Por lo general, la tesis del *retroactive overruling* se suele vincular no al principio de universalidad sino a la *teoría declarativa de la decisión judicial* que hunde sus raíces en Blackstone, quien consideraba a los jueces como los “living oracles” del derecho. En virtud de esta teoría, los jueces, cuando resuelven los casos, *no crean* nuevo derecho sino que *verifican y declaran* el ya existente. En consecuencia –se sostiene- *una sentencia overrule no hace sino verificar y declarar (ahora correctamente) el derecho preexistente* que había sido erróneamente declarado por el precedente que se abandona, *y por consiguiente, el nuevo criterio jurídico deberá aplicarse retroactivamente*²⁴, o sea, a todos los

²² La cuestión señalada, como enseguida se verá, marca una de las diferencias más importantes entre el *stare decisis* en Inglaterra y en los EEUU. Pero la cuestión no solo es sentida como relevante en el *common law*. Por ejemplo, en Alemania ya fue tratada en la obra de Wilhelm Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Verlag Gieseking, 1965.

²³ El *principio de universalidad*, en efecto, impide resolver un caso conforme a un criterio (el representado por el precedente) que se estima incorrecto y cuya incorrección, además, ha sido fundamentada.

²⁴ Y como muestra, un botón: “The making power of the judiciary is in theory denied [lo que explicaría por qué] most civil law Courts thus far have failed to avail themselves of the technique of prospective overruling” (Schlesinger-Baade-Damaska-Herzog, *Comparative Law*, 5ª ed., Mineola, N.Y., 1988, p. 646).

casos pendientes de resolución. Paralelamente, la tesis del *prospective overruling* se suele vincular a la *teoría creativa o no meramente descriptiva de la decisión judicial*. Esta teoría resalta el papel de las elecciones del juez en la aplicación del derecho y, en definitiva, el carácter inevitablemente creativo de la tarea judicial. En consecuencia –se sostiene– el “*criterio jurisprudencial nuevo*” constituye en algún sentido “*derecho nuevo*”, y por consiguiente, ha de tener *eficacia prospectiva*.

Creo, sin embargo, que estas asimilaciones no son correctas. Cual sea la teoría de la decisión judicial que se maneje (declarativa o creativa) puede ser relevante, a efectos de admitir o no el cambio de precedentes. Pero nada tiene que ver –me parece– con los efectos que se atribuyan a dicho cambio.

Si se sostiene, en efecto, la *teoría declarativa* de la jurisprudencia es “lógico” que se entienda que un precedente consolidado (o sea, una previa verificación y declaración del derecho para un tipo de casos) solo puede abandonarse si es *erróneo o equivocado*. Fuera de este supuesto, cualquier otro cambio equivaldría a crear derecho y no puede admitirse, pues esta es una labor que compete en exclusiva al Parlamento. Esta es la razón por la que la *House of Lords*, orientada por la teoría declarativa, solo admite el cambio de precedente de manera completamente excepcional y solo si lo que se abandona es un precedente *ab iniuria*, o sea, contra derecho. Si por el contrario, se sostiene la *teoría creativa* de la jurisprudencia, no hay ningún impedimento para admitir que el precedente también puede abandonarse cuando sea *obsoleto o en cualquier caso, menos correcto o acertado* que el nuevo criterio que ahora se propone. Esta es la razón por la que en los Estados Unidos el cambio de precedente se practica con harta frecuencia²⁵. Es verdad también que en Inglaterra se atribuye al cambio de precedente *eficacia retroactiva* mientras que

²⁵ “Nunca hemos pensado –afirmaba la Corte de Apelación de Pennsylvania– que debemos consagrar las equivocaciones de quienes estuvieron antes que nosotros, y tropezar una y otra vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos”, *McDowell v. Oyer* 21 Pa 417, 423 (1853).

en Estados Unidos se admite sin dificultad la *prospective overruling*. Pero – insisto- me parece que este no es el resultado inexorable de mantener una teoría declarativa de la jurisprudencia en el primer caso y más o menos creativa en el segundo. Y ello por la siguiente razón.

La primera equivalencia (teoría declarativa = retroactividad) no es válida porque, aunque sostuviéramos que el nuevo criterio simplemente *constata y declara* la voluntad de la ley, equivocadamente declarada en el criterio anterior, lo que está claro es que los ciudadanos han confiado hasta ahora en que “la voluntad de la ley es la que recogía el criterio anterior”, y por lo tanto, nuestro compromiso con la seguridad jurídica perfectamente podría conducirnos a dar al nuevo criterio efectos (solo) prospectivos. La segunda equivalencia (teoría creativa = prospectividad) tampoco es válida porque, aunque sostengamos que el nuevo criterio constituye *nuevo derecho*, nada impide –excepto el principio de seguridad jurídica- que pueda atribuírsele eficacia retroactiva²⁶. O sea, que si se da eficacia prospectiva al nuevo criterio, es única y exclusivamente porque no se desea lesionar la seguridad jurídica, y no por ninguna otra razón. Cabe decir, en suma, que el tipo de efecto (retrospectivo o prospectivo) del nuevo criterio se funda en consideraciones de seguridad jurídica, y no (o no fundamentalmente) en la teoría de la decisión judicial subyacente.

Teniendo esto en cuenta, creo que la respuesta adecuada a la pregunta arriba formulada ha de ser la siguiente. Como regla general, cuando no impere la necesidad de garantizar la seguridad jurídica porque el nuevo criterio jurisprudencial sea más favorable (o menos restrictivo de derechos) que el precedente, su aplicación no debe diferirse: en virtud del principio de universalidad, el nuevo criterio deberá aplicarse a *todos los casos* que se resuelvan en el futuro, con independencia de que los hechos que los han

²⁶ Si la teoría creativa de la jurisprudencia nos parece consustancial a la prospectividad es porque damos por descontado el compromiso del sistema jurídico con los derechos de los individuos y con la seguridad jurídica como exigencia mínima en garantía de aquellos. Pero las cosas no siempre son así.

originado hayan ocurrido antes del cambio. Y desde luego, deberá aplicarse también al caso en el que se produce el cambio, ahora por una razón adicional: sería absurdo e injusto que precisamente el caso en el que sienta un nuevo criterio más favorable que el precedente se resolviera conforme a este; la parte que pierde el pleito habría pleiteado para nada. Sin embargo, cuando el nuevo criterio jurisprudencial sea menos favorable (o más restrictivo de derechos) que el anterior, entonces, por mor de la *seguridad jurídica*, se impone la prospectividad: deberá diferirse su aplicación a los casos que tengan su origen en hechos acaecidos después del cambio²⁷. Por lo demás, cuando las normas a aplicar sean penales, sancionadoras o en todo caso, restrictivas de derechos, no es solo la seguridad jurídica sino también el *principio de legalidad* el que exige una aplicación *prospectiva* de la nueva jurisprudencia menos favorable²⁸.

En conclusión, los efectos del cambio de jurisprudencia vienen regidos por el principio de *universalidad* (que impone la retroactividad) y por el principio de *seguridad jurídica* (que exige limitar la retroactividad, cuando la aplicación del nuevo criterio comporte consecuencias más restrictivas de derechos que la aplicación del criterio precedente). Por eso, si el nuevo criterio es más favorable o *menos restrictivo* de derechos que el anterior, debería

²⁷ A estos efectos, además, el compromiso con la seguridad jurídica que se impone al legislador hay que considerarlo extensivo a la jurisprudencia. No se puede permitir que se alcance por vía jurisprudencial lo que no puede hacerse por vía legal. Como se advierte en *Bouie v. City of Columbia*, 378, U.S. 347, 353-354 [1964], "si la cláusula de las leyes *ex post facto* prohíbe a una legislatura estatal sancionar tales leyes, debe concluirse que una Corte Suprema estatal, en virtud de la cláusula del debido proceso, no puede alcanzar precisamente ese mismo resultado a través de una interpretación judicial".

²⁸ Así pues, si el tribunal interpreta una norma penal de modo más favorable para el acusado que lo que había sido la línea precedente, podrá aplicar ya esa interpretación al caso presente; pero si la interpreta de modo más desfavorable, el acusado no tendrá el deber de soportar esa nueva interpretación, que tendrá efectos solo prospectivos. Resolver en distinto sentido equivaldría a infringir el principio de legalidad penal, que prohíbe condenar en base a una ley inexistente en el momento de cometerse el hecho delictivo.

Victor Ferreres no se muestra tan contundente como nosotros en cuanto al alcance (solo) prospectivo de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo, pero sí pone de relieve el problema que supone atribuir efectos (también) retroactivos a los mismos: "si nos tomamos en serio el valor de la jurisprudencia —señala— habrá que reconocer que las variaciones que aquella experimente en contra del reo *no siempre* podrán producir efectos retroactivos" ("Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", en V. Ferreres y J.A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., p. 72, cursiva añadida).

aplicarse *retroactivamente*. Si es menos favorable o *más restrictivo* debería aplicarse solo *prospectivamente*²⁹.

Y, al respecto, solo una observación. Mantener –como acaba de hacerse– la tesis de los *efectos prospectivos* del nuevo criterio jurisprudencial cuando este resulta menos favorable, y justificarla en la necesidad de preservar la seguridad jurídica, no es incompatible con caracterizar la regla del autprecedente como una *regla de racionalidad* y no (o no primariamente) como un instrumento para proteger la seguridad jurídica. Y no es incompatible porque la discusión sobre los efectos retroactivos o prospectivos del nuevo criterio no tiene que ver propiamente con la naturaleza de la regla sino solo con el mayor o menor compromiso con el valor de la seguridad jurídica.

4. Déficit en la aplicación de la regla.

Finalmente, merece la pena recordar los déficits más comunes en la aplicación de la regla del autprecedente, pues algunos de ellos obedecen también a una mala interpretación de su naturaleza y requisitos. Estos déficits ocurren en los siguientes supuestos.

a) Cuando se elude el cumplimiento de la regla mediante un artificioso *distinguishing*; es decir, mediante la aparente justificación de que estamos ante casos distintos.

El *distinguishing*, en efecto, consiste en poner de relieve que los hechos del caso actual o las cuestiones jurídicas planteadas en él no son esencialmente semejantes a las del caso anterior, sosteniendo así que el caso anterior no

²⁹ Discrepo, pues, de Eduardo Soderó, quien opina –haciéndose eco de la variada jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, que sostiene tanto los efectos prospectivos como los retroactivos, aunque sean desfavorables– que “ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*” (Cfr. “El cambio de precedentes”, cit., p. 250).

constituye un precedente para el caso actual. El *distinguishing*, por consiguiente, no constituye en sentido estricto una excepción a la regla del precedente: cuando se usa el *distinguishing* se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente.

Sin embargo, no puede ignorarse que el *distinguishing* es también un poderoso 'instrumento' que permite al juez eludir el seguimiento de un precedente que, de no ser por eso, debería seguir. Es realmente fácil conseguir esto: solo es necesario mantener que los hechos que conforman el caso actual son lo bastante diferentes de los del caso anterior como para que esté justificado no seguir el precedente sentado en aquella decisión. Obviamente, esta actuación es altamente reprobable, pues se mantiene el precedente, pero al propio tiempo, se elude su aplicación en un caso concreto, lo que sugiere que la decisión en ese caso puede estar basada en motivos *ad personam* o en todo caso, inaceptables. Por eso, si quiere evitarse que el *distinguishing* sea utilizado para esquivar la obligación de seguir el propio precedente habrá que exigir que esté suficiente y cabalmente motivado.

b) Cuando la regla no se aplica en todos los tribunales.

En tanto que regla de racionalidad, el autoprecedente vincula a todos los órganos judiciales; especialmente (o también) a los superiores. Lo cierto es, sin embargo, que algunos tribunales superiores no se sienten vinculados por sus propias decisiones. Los casos más evidentes e inaceptables tienen lugar cuando son los propios altos tribunales que imponen la observancia de la regla del autoprecedente los que se apartan de la misma. Este es el caso del Tribunal Constitucional español, que pese a haber impuesto esta regla haciendo de su vulneración un motivo para el amparo constitucional³⁰, practica las sentencias *overruling* con demasiada alegría, y no solo por la cuestionable frecuencia con

³⁰ Recordemos que la vinculación de los órganos judiciales a sus propios precedentes ha sido considerada por el Tribunal Constitucional español como una exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 Constitución Española).

que se aparta de su línea jurisprudencial anterior sino también por la deficitaria justificación que de ello ofrece³¹. Las decisiones *overruling* sin una justificación adecuada son siempre peligrosas, pero son mucho más peligrosas cuando las lleva a cabo un alto tribunal. Más aún si ese alto tribunal es el mismo que ha creado la regla de vinculación a los propios precedentes.

Es verdad que existe una cierta polémica sobre la aplicabilidad del autoprecedente a la interpretación de la Constitución. En mi opinión, sin embargo, la polémica carece de fundamento. La regla del autoprecedente, al menos en la caracterización que aquí se ha hecho de ella, es perfectamente aplicable a la interpretación realizada por los tribunales constitucionales. Es más, creo que tenía razón H. Campbell Black, cuando afirmaba que “el principio de *stare decisis* se impone con especial fuerza a la construcción de constituciones, y una interpretación que fue adoptada conscientemente, a partir de las disposiciones de tal instrumento, no debería ser abandonada sin importantes razones”³². Y aun cabría añadir algo más: la regla del autoprecedente vincula especialmente a los tribunales constitucionales, habida cuenta del particular espacio de discrecionalidad que caracteriza a la interpretación de un texto tan abierto e indeterminado como es una Constitución. El abandono de un precedente constitucional, en suma, requiere siempre una especial justificación; una justificación explícita, adecuada y especialmente intensa y clara.

c) Cuando no se aplica bien.

Recordemos que la regla del autoprecedente exige a los jueces o tribunales *actuar de acuerdo con aquel criterio jurídico que (por considerarlo correcto) estén*

³¹ Para empezar, la práctica más consolidada es sencillamente la de “no motivar” y considerar, eso sí, que hay una motivación *implícita* o no expresa que se deduce de la propia sentencia.

³² Henry Campbell Black, *Handbook of American Constitutional Law*, 4ª ed., West Publishing Company, St. Paul Minn., 1927, p. 90 (ahora en *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2008, p. 34).

dispuestos a universalizar. Por eso, allí donde el caso a resolver ya cuente con un precedente, la regla implica dos obligaciones alternativas:

1. O bien la obligación de seguir el precedente, si (se entiende que) este expresa el criterio jurídico correcto.
2. O bien la obligación de abandonar el precedente, si (se entiende que) este expresa un criterio jurídico incorrecto o inadecuado.

Naturalmente, la decisión debe justificarse en ambos casos, es decir, tanto si se abandona el precedente como si se sigue. Lo que sucede es que mientras que la decisión de abandonar el criterio precedente y sustituirlo por uno nuevo requiere una justificación especial, que muestre las razones del abandono y cumpla el principio de universalidad, la decisión de seguirlo no requiere justificar la corrección y adecuación del mismo, porque esa justificación ya fue hecha en el caso precedente, y en consecuencia, se entiende implícitamente reproducida en el caso actual.

Lo anterior significa que hay una mala aplicación de la regla cuando se infringe cualquiera de las dos obligaciones indicadas: por un lado, cuando se abandona el propio precedente sin justificación suficiente, que es el caso más común; pero también, por otro lado, cuando se acredita la necesidad de abandonarlo pero no se abandona.

(c.1) El precedente **se abandona sin justificación suficiente**

Esto sucede cuando se abandona el precedente, arbitraria o injustificadamente, es decir, sin explicación alguna de las razones del abandono o con una explicación insuficiente o inadecuada de las mismas. Conviene no perder de vista, a este respecto, que el abandono del precedente ha de cumplir el principio de la universalidad, y que por lo tanto, tan falto de justificación está un cambio de precedente que carezca por completo de motivación como uno que cuente con una motivación no inspirada por (o incluso contraria a) ese principio.

(c.2) El precedente se estima incorrecto, pero no se abandona.

Esto sucede en aquellas sentencias que acreditan la incorrección del criterio legal precedente, pero al propio tiempo, deciden *stare decisis*, o sea, deciden mantenerlo. Se trata, por lo tanto, de sentencias en las que lo que cuenta no es la exigencia de universalidad, sino directa y simplemente, la doctrina del *stare decisis*.

Me parece, por ello, que en este defecto se puede incurrir cuando se entiende que el fundamento del autprecedente reside esencialmente en preservar la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho, y no (o no primariamente) en garantizar la racionalidad de la actuación judicial mediante el cumplimiento de la universalidad. Porque, en efecto, cuando se piensa así, es fácil que se sostenga también que el *overruling* exige una ponderación entre la seguridad y estabilidad jurídica, que militan a favor de seguir el precedente, y las “otras razones” que militan a favor de abandonar el precedente, y en esa ponderación, el peso de la seguridad jurídica es tan grande que prevalece muchas veces sobre la incorrección del precedente³³. En definitiva, según este punto de vista, el *overruling* solo estará justificado cuando las razones para abandonar el precedente sean realmente poderosas. Esto es lo que explica que, para quienes interpretan de este modo la regla del autprecedente, una de las cuestiones problemáticas relativas a su aplicación es la de cuál es el “grado de error o incorrección” en que debe incurrir el precedente para que esté justificada la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono³⁴.

³³ Así discurre precisamente el razonamiento en *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 429 [2000]), que ratificó el precedente sentado en *Miranda vs. Arizona*: “whether or not we would agree with Miranda’s reasoning and its resulting rule (...) the principles of *stare decisis* weigh heavily against overruling it now”. Y así se desprende también de las siguientes palabras de Theodore M. Benditt: “a decision maker might change his mind about the relevance of the principle he has applied in the earlier case. In some such cases [he] should follow the prior decision none the less (...). In other cases it might be more important to correct what is now viewed as a mistake” (cfr. “The rule of precedent”, en (L. Goldstein, ed.) *Precedent in Law*, cit., p. 89).

³⁴ Cfr. Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, cit., p. 234, nota 73 y p. 236. Por eso, desde este punto de vista, el *overruling* es más fácil cuando los precedentes son “interpretativos” (o sea, cuando establecen solo una determinada forma de entender la ley) que cuando son “*praeter legem*” (o sea, cuando crean una norma

Cuando, por el contrario, se entiende que la regla del autprecedente es una regla de la argumentación racional que, por lo tanto, persigue primariamente el valor del ejercicio racional o no arbitrario del poder judicial allí donde se asume que este es inevitablemente discrecional, la necesidad de abandonar el precedente cuando se acredita su incorrección se presenta con rotundidad, sin que la seguridad jurídica pueda ponderar (o no significativamente) en contra del cambio.

ex nihilo mediante el recurso de la analogía o de otros mecanismos de integración), pues "tal mutación exhibirá una menor dosis de dramatismo para la seguridad jurídica" (*ibid.*, p. 234).

1.4.- Motivación de la sentencia y legitimidad democrática del Tribunal Constitucional

La jurista germana Jutta Limbach señaló, en una ocasión, describiendo el relevante rol que jugaba el Tribunal Constitucional Federal alemán en la democracia alemana, que por encima de un Tribunal Constitucional “*solo el cielo azul*”. Esta gráfica expresión no solo permite ilustrar la importancia que en el Estado corresponde a la jurisdicción constitucional, como guardiana de la Constitución, sino el grado de responsabilidad que le corresponde al Tribunal Constitucional en la preservación de la supremacía y el orden constitucional, así como en la protección y efectividad de los derechos fundamentales y libertades de las personas.

Una corriente importante de la doctrina constitucional ha planteado, en ese sentido, que la legitimidad de los jueces y tribunales constitucionales reside en la argumentación de sus decisiones jurisdiccionales; al punto que algunos doctrinarios, como Thury Cornejo y Zarzosa González (2009)⁷ han hablado de una “*legitimidad argumentativa*.” Por tanto, el poder de los tribunales no resulta usurpado, sino justificado sobre la base de una teoría jurídicopolítica que le sustenta. Este poder, por consiguiente, ya sea para justificar su legitimidad, o bien para garantizar que el ejercicio de dicho poder no degenera en el absolutismo judicial, encuentra su punto de equilibrio en un elemento clave de la sentencia: su motivación.

⁷ THURY CORNEJO, Valentín (2009). “La Legitimidad de los Tribunales Supremos y sus Estrategias Comunicativas. El Caso de la Corte Suprema de EEUU”. Revista Estudios Constitucionales, año 7, No. 1; pp. 243-275 y ZARZOSA GONZÁLEZ, César (2011). “Posibilidades y Límites del Tribunal Constitucional.” Recuperado el 15 de mayo de 2012, de www.constitucionalismocritico.blogspot.com.

Para el jurista italiano Taruffo (2006)⁸, esta situación pone en evidencia la relevancia jurídica y la importancia política que ha adquirido la garantía de motivar las resoluciones judiciales como elemento de control, de racionalidad de la administración de justicia y de la legitimidad democrática del juez. Otros autores, como el exmagistrado del Tribunal Constitucional español, Pérez Tremps (2000)⁹, ven la cuestión de la legitimidad en el sentido inverso; es decir, no desde el punto de vista de la legitimidad del tribunal frente al sistema democrático, sino al revés: cómo la justicia constitucional es un elemento que legitima el régimen democrático.

Este extraordinario juicio del profesor Pérez Tremps nos permite reflexionar acerca del relevante rol que juegan los tribunales constitucionales en Latinoamérica. Si bien el modelo de jurisdicción constitucional asumido por Latinoamérica es, en su mayoría, el europeo o kelseniano, las particularidades sociopolíticas de la región contribuyen, sin duda, a generar un nivel de activismo por parte de las cortes constitucionales que ha permitido forjar un nuevo paradigma. Este rasgo se ve más acentuado en materia de tutela de derechos sociales, dado que las autoridades públicas, al incumplir con las políticas públicas en materia social dejan un vacío que viene a llenar el tribunal, empujando, por este medio, el cumplimiento de dichas políticas públicas.

Este fenómeno ha permitido a juristas que, como el argentino Sagués (2011)¹⁰, haya calificado a los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales, al promover la realización de políticas públicas en beneficio de las grandes mayorías lo que, de algún modo, favorece el régimen democrático no solo por garantizarse la efectividad de los derechos

⁸ TARUFFO, Michelle (2006). "La Motivación de la Sentencia"; México, D.F.; Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. p. 332.

⁹ PÉREZ TREMP, P.; Ob. cit.

¹⁰ SAGUÉS, N. P. (2011); "Los Tribunales Constitucionales como Agentes de Cambio Social"; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; Año XVII, Montevideo; p. 527.

sociales, sino porque renueva en la gente la fe en la democracia y evita la formación de un clima de decepción e inconformidad social que degenera en episodios traumáticos de desestabilización democrática. Por tanto, bien podemos compartir el señalado juicio de Pérez Tremps, en el sentido de que la justicia constitucional viene a legitimar el régimen democrático.

1.5.- La motivación de la sentencia constitucional: elementos clave

Motivar es brindar en la sentencia una argumentación jurídica que justifique la decisión adoptada por el juez o el tribunal. Para poder cumplir con el deber de motivación, el juez constitucional debe hacer uso de una herramienta metodológica: la interpretación jurídica. La interpretación es concebida como la operación consistente en desentrañar el sentido de una norma jurídica para fines de su aplicación para la solución de una litis en los tribunales y de su mayor comprensión. Es considerada como el momento esencial de la actividad dirigida a la administración de justicia¹¹.

Si bien la Constitución y las leyes obligan a los jueces a motivar sus sentencias, estos instrumentos jurídicos, sin embargo, no señalan bajo cuáles estándares el juez debe motivar sus sentencias. Esta es más bien una construcción jurisprudencial y doctrinal. Las leyes le dicen al juez *qué* debe motivar, pero no le dicen *cómo* debe motivar. Este ha sido el objeto de estudio de la hermenéutica jurídica.

Para algunos doctrinarios, como el profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, este proceso de motivación involucra la existencia de dos elementos fundamentales: un juicio lógico-jurídico y una apreciación axiológica por parte del juez. Señala Fix-Zamudio (1965)¹²: “... *No existe duda, por una*

¹¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor (1965) “El Juez ante la Norma Constitucional”. México, D.F. Ed. UNAM, pp. 30-31.

¹² FIX-ZAMUDIO, H. (2002). “Lineamientos esenciales de la interpretación Constitucional”, en Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. México, Porrúa, t. III, p. 2775.

parte, debe ser reflexiva y sujeta a las reglas de la lógica pero, particularmente en la función judicial, también debe estar orientada por el sentimiento y el valor de la justicia. El juez dejó hace tiempo de ser un autómatas, pero tampoco es un matemático o un lógico abstracto; es, ante todo, un ser humano, y como tal, no es posible separar en su espíritu la razón del sentimiento. Sentimiento y lógica son dos factores inseparables en la función que cumple el juez (...); el juez debe interpretar la ley de acuerdo con su ciencia y conciencia”.

Por otro lado, el catedrático español Francisco Ezquiaga (2011)¹³ señala cuáles son las condiciones que debe revestir la debida motivación de la sentencia constitucional. Estas condiciones son:

- 1) *Debe ser pública.* Así se garantiza un control social de la decisión.
- 2) *Internamente justificada.* El fallo debe ser presentado como resultado lógico de unas premisas.
- 3) *Externamente justificada.* La motivación debe tener argumentos que justifiquen adecuadamente cada una de las premisas.
- 4) *Debe ser inteligible.* La redacción de la motivación debe ser presentada en términos claros, para que toda la comunidad jurídica pueda comprenderla.
- 5) *Debe ser completa.* Todas las decisiones parciales adoptadas en el curso del proceso deben ser debidamente motivadas.

¹³ EZQUIAGA GANUZAS, F. (2011). “La Motivación de las Decisiones Judiciales en el Derecho Peruano”; Argumentación e Interpretación; Ed. Grijey; Lima, Perú, pp. 5-7.

- 6) *Debe ser suficiente.* Se deben proporcionar razones que justifiquen por qué ese argumento es mejor o más adecuado que otros potencialmente utilizables.
- 7) *Debe ser autosuficiente.* La sentencia en su conjunto, incluida la motivación, debe ser comprensible por sí misma, sin requerir acudir a ninguna otra fuente externa.
- 8) *Debe ser congruente con las premisas que se desea motivar.* Los argumentos empleados deben elegirse y utilizarse en función del tipo de premisa o decisión que quiere justificarse.
- 9) *Debe emplear argumentos compatibles.* Los argumentos utilizados para justificar cada una de las premisas deben ser compatibles entre sí.
- 10) *Debe ser proporcionada.* Tanto una motivación demasiado escueta como una demasiado prolija pueden estar eludiendo una suficiente motivación.

El jurista español Borrell Mestre (2015)¹⁴ destaca las cuestiones clave que el juzgador debe tener en cuenta al momento de motivar la sentencia constitucional: *“A la hora de motivar, no cabe duda de que el intérprete constitucional tiene un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma y, al hacerlo, debe tomar en consideración el orden o sistema de valores, los principios y reglas subyacentes al texto constitucional, y buscar tanto su unidad de sentido y su coherencia como la compatibilidad de los preceptos con los principios que los informan. Asimismo, al efectuar la interpretación constitucional se valoran las consecuencias de la decisión, tanto para el caso*

¹⁴ BORRELL MESTRE, J. (2015) “La Motivación de las Sentencias. Especial Referencia a las Sentencias Constitucionales”. Ponencia presentada en la XII Jornada de Derecho Constitucional del CEFFCA; Santo Domingo, Rep. Dom.; noviembre de 2015.

concreto como para el conjunto de la sociedad, lo cual, a su vez, requiere la ponderación de los intereses sociales y particulares”.

El juez constitucional, al momento de motivar su sentencia debe argumentar bajo una doble perspectiva, dada la naturaleza de su función: los argumentos jurídicos que permitan dar una solución adecuada al caso y, además, valorar las consecuencias que el fallo tendrá para el conjunto de la sociedad. En gran medida, esta circunstancia es debida al hecho de que el juez constitucional está consciente de que una parte de su motivación (la ratio decidendi) es susceptible de irradiar hacia el futuro efectos generales y vinculantes sobre toda la comunidad. Este último aspecto será dilucidado en el siguiente apartado.

II.- RADIOGRAFÍA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

2.1.- Concepto y naturaleza jurídica del precedente constitucional

Una de las diferencias clave, como hemos señalado, entre la sentencia judicial ordinaria y la sentencia constitucional es el alcance de la razón fundamental bajo la cual se decidió el caso (ratio decidendi). En la sentencia judicial ordinaria esta razón es esencial para resolver el caso, pero solo tiene un efecto persuasivo; mientras que en la sentencia constitucional esta razón o criterio principal no solo justifica la solución del caso, sino que además, dicho criterio jurisprudencial tiene un efecto general hacia el futuro y vincula u obliga a los operadores y actores del sistema jurídico. Es lo que se ha denominado como “precedente constitucional”.

El jurisconsulto colombiano Bernal Pulido (2008)¹⁵, señala que *“el precedente es la parte motiva, donde se encuentra la ratio decidendi, en donde se concreta que algo se prohíbe, permite, ordena o habilita...”*. Esta figura procesal sin duda nace en el derecho anglosajón, pero en los últimos años ha sido tendencia incorporarlo a los sistemas de justicia constitucional propios de los países cuyo derecho se deriva de la familia romano-germánica. Hoy en día ya no es una característica peculiar de los ordenamientos del “common law”. En ese sentido, el jurista italiano Taruffo (2006)¹⁶, considera que este elemento ya no es distintivo entre los sistemas del “common law” y los del “civil law”, pues en estos últimos la figura del precedente se encuentra integrada en los ordenamientos constitucionales pertenecientes a este sistema jurídico.

La justificación del precedente constitucional se encuentra sustentada en la garantía del principio de igualdad, así como la sistematización del orden jurídico. Los juristas mexicanos Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil (2009)¹⁷, señalan al respecto: *“... el uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el principio de igualdad en la aplicación de la ley: a casos iguales y análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin burocrático de mantener la estabilidad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico... En términos generales, el precedente constitucional goza de una presunción de corrección como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello”*.

La naturaleza compleja del precedente hace que el mismo asuma diferentes usos en función de las particularidades de cada caso que el juez

¹⁵ BERNAL PULIDO, C. (2008). El Precedente Constitucional en Colombia”. Revista Derecho del Estado No. 21; diciembre de 2008).

¹⁶ TARUFFO, M. (2006), Ob. cit.

¹⁷ FERRER MAC-GREGOR, E. & SÁNCHEZ GIL, R. (2009) “Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo, p. 239.

constitucional deba resolver. Sin embargo, la naturaleza jurídica del precedente constitucional es la que corresponde a las normas jurídicas, en virtud de que el mismo cumple con los requisitos propios de las normas jurídicas:

a) Es un imperativo de conducta: el precedente establece, a partir de un perfil fáctico, un tipo de conducta que se ha de seguir ante un conflicto jurídico.

b) Coercibilidad: la inobservancia del precedente acarrea consecuencias jurídicas, ya sea para las autoridades públicas (administrativas o judiciales) que hagan caso omiso al mismo, o bien para los particulares en sus relaciones de derecho.

c) Generalidad: como toda norma jurídica, el precedente tiene un alcance general para toda la comunidad.

d) Abstracción: el precedente es norma abstracta en cuanto aplica para categorías de hechos y no para casos particulares; hace abstracción de las personas porque regula conductas independientemente de la persona involucrada.

e) Legitimidad: el precedente es legítimo cuando es producido conforme a los procedimientos y por la autoridad judicial a la cual el ordenamiento jurídico otorga facultad para ello.

f) Permanencia: el precedente tiene una vigencia permanente hasta que una norma jurídica de mayor rango le derogue, o bien se produzca otro precedente posterior en el tiempo que le deje sin efecto.

El precedente como norma jurídica asume distintos usos en función de la situación jurídica en la cual esta figura intervenga. Por tanto, puede ser asumido como argumento jurídico, como parámetro de constitucionalidad o como fuente de derecho.

Como *argumento jurídico*, el precedente ya constituido puede ser usado como “obiter dicta” o argumento secundario de otro argumento principal, que sirve de base al juez para resolver el caso. Por ejemplo, los tribunales pueden usar los precedentes que dotan de contenido jurídico un principio constitucional o un derecho fundamental, a los fines de resolver una situación que colida con estos principios o derechos.

En los casos de laguna legislativa, el precedente puede llenar esos vacíos mediante la analogía o el uso de los métodos de autointegración hermenéutica. El precedente en esta circunstancia no tiene una fuerza vinculante, sino persuasiva como argumento del tribunal. Para la catedrática española Victoria Iturralde¹⁸: *“el precedente tiene relevancia como argumento utilizado por los jueces en la justificación de sus decisiones. El recurso al precedente encuentra su justificación en la autoridad del tribunal, en el principio de igualdad, en la certeza del derecho, etc.”*

El precedente constitucional también puede ser usado por los tribunales como *parámetro de constitucionalidad*. La interpretación, cuando adscribe contenido a una norma constitucional de textura abierta, viene a formar parte del texto supremo, y se consolida como una norma jurídica. Dicha interpretación, cuando constituye la razón fundamental bajo la cual se resolvió el caso, se erige como “ratio decidendi” y por tanto, se configura como precedente constitucional vinculante.

¹⁸ ITURRALDE, V. (2013) “Precedente Judicial”; Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad; No. 4, marzo-agosto 2013, p. 195.

Cuando se presentan al Tribunal Constitucional casos posteriores, invocando la norma constitucional dotada de contenido por el precedente, entonces este último funge indirectamente como parámetro de constitucionalidad. En este último sentido, el profesor chileno Nogueira Alcalá (2006)¹⁹, señala: *“Si el precedente del Tribunal Constitucional implica la interpretación del enunciado constitucional, dicha interpretación se incorpora a tal enunciado constitucional, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico, constituyendo concreción del enunciado constitucional, de manera que si una parte considera que el juez ordinario no ha aplicado el precedente constitucional, al apelar o casar dicha sentencia, durante esta última instancia, podrá plantear el incidente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el juez ordinario debe aplicar la norma constitucional conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, interpretación que debe entenderse incorporada al respectivo enunciado constitucional, lo que obliga a desaplicar toda norma infraconstitucional interna contraria a los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional previamente, no pudiendo el juez ordinario o especial, apartarse de dicho precedente para casos análogos posteriores de aplicación de una norma reglamentaria”*.

El precedente constitucional en esa circunstancia viene a incorporar el bloque de constitucionalidad y como tal, es susceptible de erigirse como parámetro de constitucionalidad de normas jurídicas de menor rango que la Constitución.

En cuanto al precedente constitucional como *fuerza de derecho*, hay que destacar que al tener carácter vinculante, constituye una fuente creativa de derecho. No se discute la posibilidad del juez constitucional de crear

¹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006). “La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su Fuerza Vinculante”. Vol. 4, núm. 1. Revista Estudios Constitucionales, julio 2006, pp. 97-124.

derechos cuando se encuentra con una laguna jurídica o una cuestión jurídica indeterminada. La obligación de juzgar le obliga a crear la regla jurídica que sea idónea para resolver el conflicto jurídico que le presentan las partes.

La cuestión asume ribetes de polémica cuando se trata de la interpretación o reinterpretación de disposiciones jurídicas, pues el juez debe encontrar el significado jurídico del texto a partir de los elementos conocidos de la norma: literalidad, finalidad, funcionalidad.

2.2- Clasificación del precedente constitucional

El fenómeno del precedente puede ser evaluado desde diversas perspectivas, atendiendo a la intensidad de sus efectos.

Precedente vinculante o persuasivo:

El precedente constitucional resulta vinculante u obligatorio cuando reúne los requisitos que exigen la Constitución, la ley o una reiteración jurisprudencial en el tiempo, según el sistema de que se trate. Para la catedrática española Iturralde (2013)²⁰, *“que una sentencia constituya un precedente implica algún tipo de vinculatoriedad de esta con casos futuros. En un sentido estricto, un precedente solo es aquel que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, y desde este punto de vista, opera de modo semejante a una norma de origen parlamentario o gubernamental”*.

²⁰ ITURRALDE, V. (2013). Ob. cit.

Asimismo, el precedente persuasivo es aquel –señala la profesora Iturralde²¹- que usa libremente el juez para sustentar la decisión de un caso que conoce con posterioridad y que no irradia, respecto del mismo, efectos vinculantes.

Precedente creativo o declarativo:

El precedente constitucional puede ser también creativo o declarativo. El jurista colombiano Olano García (2011)²², señala: “*los precedentes pueden ser creativos, si crean o aplican una nueva norma y, declarativos, si se limitan a aplicar una disposición ya existente*”. En los casos de laguna jurídica, el precedente resulta creativo al concebir una regla jurídica aplicable al caso que se juzga y a casos futuros de perfil fáctico idéntico; en cambio, resulta el precedente declarativo cuando interpreta una norma jurídica ya existente, pero en una dimensión que posibilita la solución del caso.

Precedente integrador o interpretativo:

El precedente constitucional es integrador cuando permite llenar vacíos normativos en el sistema jurídico. Para el jurista peruano García Toma (2009)²³, los tribunales constitucionales pueden instituir un precedente integrador en las siguientes situaciones:

- Cuando se acredita la ausencia absoluta de norma.

²¹ ITURRALDE, V. (2013); ob. cit.

²² OLANO GARCÍA, H. A. (2011). “Del Precedente Constitucional al nuevo Precedente Contencioso-Administrativo”. *Revista Estudios Constitucionales*, Año No. 9, Núm. 2; p. 395.

²³ GARCÍA TOMA, V. (2009) “Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante”. *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1ª ed., vol. 1, p. 61). Lima, Perú: Adrus. p. 61.

- Cuando, a pesar de la existencia de una prescripción jurídica, esta no es suficiente para resolver el caso.
- Cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir, en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces.
- Cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo, de haberse conocido con anterioridad.
- Cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por omisión legislativa.

El precedente es interpretativo cuando reinterpreta un texto ya existente, dándole un nuevo sentido y significado.

2.3.- Simbiosis jurídica entre el precedente y otras figuras procesales de la sentencia constitucional

Precedente y Cosa Juzgada:

La cosa juzgada es la calidad que adquieren las sentencias definitivas de los jueces cuando se han agotado todos los recursos destinados a impugnarlas y las mismas se tornan irrevocables. Dichas sentencias están revestidas de una presunción de verdad juzgada (res judicata) y por tanto no pueden ser revisadas por juez o tribunal alguno dentro del ámbito nacional. Esta figura jurídica no debe confundirse con la noción de precedente constitucional.

Una sentencia constitucional pudiera no estar revestida de cosa juzgada y sin embargo, configurar un precedente constitucional. Verbigracia, en República Dominicana, las sentencias desestimatorias en materia de control concentrado de constitucionalidad no tienen cosa juzgada, conforme establece el artículo 44 de la Ley No. 137-11 de 2011. Igualmente, una decisión del Tribunal Constitucional pudiere estar revestida de cosa juzgada constitucional y carecer de precedente, como sucede en los casos en los cuales el tribunal se limita a reiterar un precedente constitucional ya asentado en otra decisión anterior.

Para el profesor chileno Garrote Campillay (2012)²⁴: *“Se denomina Precedente Constitucional a la fuerza vinculante que tienen las sentencias de los Tribunales Constitucionales, cuyos fallos no se limitan a la mera declaración de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una norma concreta. Sus efectos deben ir más allá. Modelando el comportamiento de todos los órganos del Estado (...) no debemos confundir este efecto con el de cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada implica que la certeza declarada en la sentencia impide una decisión de fondo sobre el mismo juicio. Tampoco debemos confundirlo con los efectos emanados de la parte resolutive de la decisión adoptada. O con el efecto erga omnes de la declaración de inconstitucionalidad que provoca la invalidación de la norma viciada y que obliga a toda persona, grupo y órgano del Estado. No obstante, el precedente participa de la cosa juzgada de la que goza la parte resolutive de la sentencia y se beneficia del efecto erga omnes del fallo de inconstitucionalidad”*.

²⁴ GARROTE CAMPILLAY, E. A. (2012). “Cosa juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Revista Estudios Constitucionales, Vol. 10, Núm. 2; Santiago de Chile; ISSN: 018-S200.

Precedente y Doctrina Jurisprudencial

La doctrina jurisprudencial es el criterio que sustenta un tribunal sobre algún aspecto constitucional pero que, por su naturaleza, no constituye un precedente constitucional. Este último –como ya se ha dicho– es el criterio o razón fundamental bajo el cual un juez o un Tribunal Constitucional deciden un caso. La doctrina jurisprudencial solo tiene un alcance persuasivo, no vinculante. Es probable, sin embargo, que al conocer de algún caso futuro, el tribunal reafirme un criterio de su doctrina jurisprudencial como precedente.

El jurista inglés Goodhart (2008)²⁵, destaca el alcance general del precedente, al indicar: *“Un precedente por tanto, es la decisión judicial que contiene, en sí misma, un principio. El principio subyacente, que constituye así el elemento de autoridad, con frecuencia recibe la designación de ratio decidendi. La decisión concreta es obligatoria con respecto a las partes interesadas, pero es la ratio decidendi abstracta la que por sí sola tiene fuerza de ley para el público en general”*.

Por su lado, el profesor chileno Garrote Campillay (2012)²⁶, al referirse a la doctrina jurisprudencial de los tribunales constitucionales, la define como: *“Lo manifestado en una sentencia pero que resulta innecesario para la decisión del caso. Ya sea por referirse a hechos hipotéticos o a una situación de hecho distinta. O argumentos jurídicos que no obstante pertinentes, resultan superfluos para la decisión. Lo que no genera precedente, no tiene valor obligatorio para los casos futuros. Actualmente, el sistema judicial de Estados Unidos se desenvuelve bajo una doctrina del precedente jerarquizado, pero flexible, pudiendo los tribunales superiores vincular con sus decisiones a los inferiores. Pero deben ser igualmente receptivos a los*

²⁵ GOODHART, A. (1988). “El precedente inglés y el derecho continental”. Londres (GB), p. 161.

²⁶ GARROTE CAMPILLAY, A. (2012). Ob. cit.

cambios sociales y al dinamismo de los casos que se presenten en las instancias inferiores”.

Como se observa, estos tres elementos (precedente, doctrina jurisprudencial y cosa juzgada) se encuentran interrelacionados en la sentencia constitucional, aunque entre estos subsisten diferencias significativas relacionadas con el alcance de sus efectos. La doctrina jurisprudencial tiene un efecto *persuasivo*; el precedente, un efecto *vinculante*, mientras que la cosa juzgada tiene un efecto de *irrevocabilidad*, que impide a otro tribunal conocer nuevamente del caso.

De los efectos vinculantes del precedente constitucional se derivan determinadas implicaciones que atañen a la estructura de la sentencia constitucional, así como a sus efectos sobre la comunidad y el sistema jurídico.

III.- IMPLICACIONES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El precedente constitucional, como fenómeno jurídico, irradia unos efectos sobre todo el sistema. Estos efectos –como ya se ha dicho- producen unas implicaciones sobre dos dimensiones clave de la sentencia constitucional: su estructura y sus efectos.

3.1.- Implicaciones en la estructura de la sentencia

3.1.1.-Implicaciones en la argumentación

Los conceptos de motivación, argumentación jurídica y precedente constitucional se encuentran relacionados entre sí, aunque entre ellos subsisten diferencias fundamentales. La motivación, definida como la justificación argumentativa que el tribunal presenta en su sentencia

respecto de una decisión adoptada, está por tanto conformada por varias líneas argumentativas, en función de los asuntos presentados en litis al tribunal. Una o varias de estas argumentaciones que por su carácter constituyen la razón principal por la cual el tribunal adoptó su decisión es lo que constituye el precedente. Por tanto, se observa una relación género-especie-subespecie entre estos conceptos jurídicos.

El precedente constitucional, como habíamos señalado anteriormente, puede eventualmente ser usado como argumento jurídico. Frente a esa realidad, el profesor polaco Bankowski (1997)²⁷, señala tres modelos de argumentación o razonamiento que se pueden desarrollar en la sentencia, a partir de los precedentes:

1.- *El modelo de analogía*. Se produce cuando el precedente es considerado como un ejemplo ilustrativo de una decisión correcta o razonable. En este caso, el precedente se usa como analogía.

2.- *El modelo de reglas*. Se concreta cuando el precedente se considera una regla apropiada para ser aplicada en casos futuros.

3.- *El modelo principio-ejemplificativo*. Se caracteriza cuando el precedente asentado es tomado como referencia para establecer un nuevo precedente que permita solucionar un caso.

Una de las implicaciones que pueden presentársele al juez, al momento de formular su argumentación para solucionar un caso, es determinar en un precedente anterior cuál de las varias razones principales dadas por el tribunal constituye la *ratio vinculante*, cuando las razones tienen la misma

²⁷ BANKOWSKI, Z. (1997) "Las razones fundamentales de los precedentes. Interpretando precedentes. Un estudio comparativo". Ed. Ashgate; Dartmouth, EEUU.

fuerza argumentativa. El catedrático brasileño Marioni (2013)²⁸, señala sobre el particular lo siguiente: *“Si el caso debe tener solo una ratio, sería posible concebir a la ratio como el primer fundamento. El razonamiento sería el de que, como la primera ratio es suficiente para la solución del caso, el segundo fundamento sería superficial o innecesario, y, por tanto, obiter dicta”*.

De esta manera queda señalada la implicación existente entre precedente y argumentación. Igualmente, resulta pertinente esclarecer la relación del precedente con relación a la motivación de la sentencia.

3.1.2.- Implicaciones en la motivación

El precedente siempre supone una motivación, aunque no sucede en el caso inverso. Todo precedente implica un ejercicio de reflexión jurídica que conlleva a un juicio lógico y axiológico que permite aplicar el derecho a una situación litigiosa determinada. Esto supone, al elaborar la sentencia constitucional, un ejercicio de motivación.

Sin embargo, es posible que una sentencia constitucional se limite a reiterar un precedente ya asentado por el tribunal en un caso análogo, y por tanto, si bien la misma está motivada, no contempla empero la fijación de un precedente constitucional, pues se limita a reiterar uno anterior.

No obstante, surge una cuestión fundamental: Si el precedente constitucional reside en la “ratio decidendi”, ¿cómo identificar ese elemento en una sentencia constitucional? Existen dos test para identificar la “ratio decidendi” dentro de la motivación de la sentencia: el test de Wambaugh y el test de Goodhart.

²⁸ MARIONI, J. G. (2013). “Precedentes obligatorios”. 1era Ed., Lima, Perú, Ed. Palestra, pp. 281-282.

El test de Wambaugh, ideado por el profesor norteamericano Eugene Wambaugh a principios del siglo XX, consiste en identificar el principio o regla de derecho que sirvió de base para la decisión del tribunal. Una vez identificado este principio o regla, se procede a evaluar si cambiando dicho principio o regla, la solución del caso sería distinta; entonces, esa es la “ratio decidendi”.

Por otra parte, el test de Goodhart, concebido por el profesor inglés Goodhart nos explica cómo identificar este aspecto dentro de la decisión. Lo primero que hay que entender es que existe una triple conexión entre los hechos planteados al juez, la argumentación decisiva respecto de esos hechos y la decisión que dicte el tribunal sobre la base de esos mismos hechos. Goodhart señala que los hechos a considerar son aquellos que él denomina “hechos sustanciales”. Un caso judicial puede implicar varios hechos, pero solo los que permiten solucionar el caso son considerados “sustanciales”. La argumentación del juez para calificar y resolver jurídicamente estos hechos es lo que constituye la “ratio decidendi”.

La identificación de la “ratio decidendi” es el elemento clave para resolver casos de perfiles fácticos idénticos; sin embargo, esta es una labor compleja, por lo dificultoso que resulta identificar la “ratio decidendi” en las sentencias constitucionales. Es cierto que existen algunos modelos que facilitan esa labor: hay tribunales constitucionales que identifican el precedente en decisiones posteriores; otros publican resúmenes que recogen la “ratio decidendi”, como acontece con la Corte Suprema de Justicia de Norteamérica; en otros, la propia legislación obliga a los jueces constitucionales a identificar el precedente establecido en la propia decisión, como en el caso peruano. A pesar de esto, sigue siendo un problema para los operadores jurídicos (abogados, autoridades administrativas y jueces), pues hay situaciones en las cuales no se

identifica este elemento en el fallo, y surge la incertidumbre que muchas veces los propios tribunales constitucionales tienen que resolver, cuando surgen los conflictos jurídicos y los actores invocan diferentes argumentos de la misma sentencia que estos consideran como la “ratio”.

Vale resaltar que el impacto del precedente no se limita a la argumentación y a la motivación de las sentencias; también irradian la parte dispositiva de la decisión.

3.1.3.- Implicaciones en la parte dispositiva

Si bien el precedente se configura en la razón o criterio principal bajo el cual se resuelve el caso, el mismo guarda conexión con la parte dispositiva de la sentencia, ya que no es dable que subsista una relación contradictoria entre la motivación y el fallo. No obstante esta circunstancia, el precedente como tal está integrado en la parte motiva y esta es la que resulta vinculante. El dispositivo también vincula, sin duda, pero por el efecto de la cosa juzgada, de donde deriva además su oponibilidad a terceros. Esto no debe confundirse con el alcance general del precedente, que resulta una cuestión distinta.

La parte dispositiva recoge la “decisum” del juez, esto es la parte resolutive del caso, que dispone las providencias a seguir para restaurar el derecho o la situación jurídica afectada. Este elemento, si bien no constituye la “ratio” del caso, nos ayuda sin embargo a identificar, en casos posteriores, esa “ratio”, debido a la triple conexión entre hechos sustanciales-ratio decidendi-fallo. Si no hay esa identidad entonces se trata de un “obiter dicta” o argumento secundario.

3.2.- Implicaciones en los efectos de la sentencia

La sentencia constitucional, atendiendo a sus efectos, puede alcanzar tanto a los actores del sistema como al sistema jurídico mismo. Igualmente, cabe señalar las implicaciones que resulten de una eventual inobservancia del precedente.

3.2.1.- Implicaciones en los actores del sistema

Estas implicaciones se refieren al efecto y alcance de la sentencia constitucional sobre los distintos actores del sistema, entiéndase, las autoridades administrativas, los tribunales superiores e inferiores y la población en general. En ese sentido, el precedente constitucional puede tener efectos vinculantes horizontales, verticales e incluso surtir efectos obligatorios para el propio Tribunal Constitucional (autoprecedente).

La profesora española Iturralde (2013)²⁹, distingue conceptualmente las nociones de precedente vertical, horizontal y autoprecedente. Señala la profesora Iturralde: *“El precedente implica tener en cuenta una dimensión institucional y una estructural. La primera se refiere a que el precedente está estrechamente relacionado con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales. En relación con esta dimensión se distingue entre precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. El precedente vertical presupone una organización en la cual rige una jerarquía entre órganos judiciales, en la que los inferiores están obligados a seguir los precedentes establecidos por los superiores. Es a este tipo de precedente al que se refiere la regla del stare decisis. El precedente horizontal existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel. Y el autoprecedente se produce cuando un juez*

²⁹ ITURRALDE, V. (2013), ob. cit.

está obligado a seguir sus propios precedentes. La dimensión estructural se refiere a la determinación de qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior”.

El jurista chileno Nogueira Alcalá (2006)³⁰, señala otra cualidad que se deriva del precedente, más allá del efecto vinculante, a los fines de solucionar litigios. Nogueira se refiere a la función pacificadora del precedente: *“No debemos olvidar que la tarea de un Tribunal Constitucional, además de la resolución de un conflicto coyuntural o concreto, es la de establecer criterios pacificadores hacia el futuro e impedir la sucesiva repetición de controversias, dotando de protección a la Carta Fundamental, a través de una adecuada interpretación de ella”.*

3.2.2.- Implicaciones en el sistema jurídico y sus diversas intensidades

Si el precedente es vinculante, los efectos serán, sin duda, la obligatoriedad del mismo frente a toda la comunidad. Si se trata de un precedente persuasivo, su uso está sujeto al criterio del tribunal respecto de la conveniencia hermenéutica de usarlo como argumento o no en la construcción argumentativa de la solución de un caso.

En los casos de laguna jurídica, el precedente creativo forja derecho, al establecer la regla jurídica que llena el vacío normativo y servirá de parámetro para la solución de los demás casos. Desde la perspectiva de Dworkin, transforma un caso difícil, de laguna jurídica, en un caso fácil, en el cual el juez toma el precedente como una regla jurídica para resolver casos posteriores. Asimismo, cuando el precedente tiene efectos declarativos, simplemente reconoce la validez jurídica de una norma.

³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006), ob. cit.

El jurista colombiano Olano García (2011)³¹, cuando reflexiona sobre el carácter vinculante del precedente, indica: “... *El adjetivo "vinculante" nos muestra la fuerza con que se proyecta la decisión para la solución futura de otros casos, en esencia muy parecidos al que estableció la secuencia jurisprudencial, de ahí que " la referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige, de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica... Así las cosas, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al Derecho objetivo, desplegando la fuerza general que le es inherente, y consecuentemente, obligando a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo*”.

Existen circunstancias, sin embargo, susceptibles de restar efecto vinculante al precedente constitucional. Una de ellas es el ejercicio, por parte del Tribunal Constitucional, de lo que se conoce en el derecho anglosajón como el “*overruling*”, esto es, cuando el precedente es derogado por una sentencia del propio Tribunal Constitucional.

Otra razón que restaría eficacia vinculante al precedente lo constituiría una alteración en el ordenamiento jurídico. El jurista brasileño Marioni (2013)³² señala, sobre este particular, lo siguiente: “*Cuando hay una alteración del ordenamiento jurídico, después del efecto firme y ejecutoriado de la decisión, pueden sobrevenir no solo hechos nuevos, sino también las nuevas normas. Además, los hechos capaces de alterar la situación jurídica preexistente, pueden surgir normas que –por ejemplo, abrogando las que se aplicaron en la primera acción- den a la situación de hecho anterior una nueva conformación jurídica*”.

³¹ OLANO GARCÍA, H. (2011), ob. cit., p. 428.

³² Marioni, L. G. (2013); Ob. Cit.; p. 348

Por otra parte, los efectos del precedente pueden ser observados por sus consecuencias con relación a una eventual inobservancia del mismo.

3.3.- Sanciones jurídicas por inobservancia del precedente

El precedente constitucional, cuando tiene carácter de vinculatoriedad, acarrea consecuencias jurídicas cuyos efectos difieren según la calidad de la persona o autoridad pública que ha incurrido en inobservancia del mismo.

3.3.1.- Inobservancia del precedente por parte de los tribunales

En estos casos, la sanción que pesa sobre los jueces que no obtemperen un precedente del Tribunal Constitucional sería, en principio, la nulidad del fallo dictado, siempre y cuando las personas afectadas interpongan oportunamente el recurso que corresponda conforme a la ley.

Hay excepciones a considerar en aquellos casos de contradicción entre precedentes constitucionales, de nuevas situaciones generadas por reformas constitucionales o legales o aun porque el juez o tribunal que inobservó el precedente, sustente una argumentación que amerite una modificación del precedente por parte del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, algunos doctrinarios albergan la inquietud de considerar si la obligación del precedente, como decisión judicial, no implicaría una violación al principio de independencia de los tribunales, ya que vincula a los jueces a la decisión de otro tribunal. El jurista peruano J. Coripuna (2007)³³ considera que: “... *la doctrina del precedente vinculante tiene la*

³³ CORIPUNA, J. A. (2007). “Estudios al Precedente Constitucional”, 1ra Ed., Lima, Perú. Ed. Palestra, pp. 129-130.

finalidad de proporcionar previsibilidad, certeza e igualdad en la aplicación del derecho. Por ello, la existencia de una regla que constituya precedente vinculante en casos sustancialmente iguales constituye un límite a la garantía institucional de la independencia judicial, es decir, la capacidad autodeterminativa que tiene el juez para resolver un caso conforme al precedente judicial vinculante que exista...”.

El precedente, al constituir norma jurídica tendría, frente al juez vinculado el mismo efecto de una ley en tanto que se erige como un límite a su autodeterminación para resolver los casos sujetos a su jurisdicción, por tanto, no se asume esta circunstancia como un atentado a su independencia judicial sino como un límite legítimo a su potestad.

3.3.2.-Inobservancia del precedente por parte de autoridades públicas administrativas

El precedente vincula a toda autoridad pública, por tanto, en caso de esta no obtemperar con el mismo, se expone a que el acto emitido sea anulado o se le obligue a cumplir con una actuación en caso de omisión. Esto sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y administrativa que pudiere acarrear su conducta antijurídica, al desconocer una disposición que le es obligatoria.

El jurista colombiano López Medina (2006)³⁴ desarrolla su teoría de los escenarios constitucionales de los derechos fundamentales y afirma: “... *detrás de cada derecho fundamental se han venido formando varios escenarios constitucionales en los que se precisa el significado de dicho derecho. Un escenario constitucional es el patrón fáctico típico en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un*

³⁴ LÓPEZ MEDINA, D. E. (2006). “Interpretación Constitucional”. 1ra Ed., Bogotá, Colombia. Unibiblos; p. 138.

principio constitucional abstracto. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido”.

Hay que distinguir dos situaciones en las que la autoridad pública debe lidiar con el precedente constitucional:

a.- Cuando se trate de una sentencia constitucional que ordene al funcionario público realizar alguna actuación. En este caso, el funcionario estaría obligado a cumplir con el “mandamus” que establece el fallo en su dispositivo. Aquí la fuerza coercitiva reside en el dispositivo y no tanto en el precedente que sirvió de base para decidir el caso.

b.- Cuando se trate de un precedente constitucional dictado en un caso anterior y que establezca una situación que incida, directa o indirectamente, en las facultades del funcionario. Este es el caso de un precedente establecido en una sentencia dictada con anterioridad, caso en el cual el funcionario no fue parte, pero cuya “ratio decidendi” tiene que ver, de algún modo, con el quehacer administrativo de dicho funcionario.

El funcionario debe considerar el precedente como si se tratase de una ley, que en iguales términos le vincula. Incluso por su carácter vinculante, el precedente vendría a configurarse dentro del principio de juridicidad de las actuaciones de la administración pública.

Además, la sujeción del funcionario público al precedente constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que al cumplir con dicho precedente, se garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de los administrados en el ejercicio de la gestión pública, al igual que los derechos a la igualdad frente a otros administrados, así como al debido proceso administrativo y los principios de buena fe de las autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones públicas.

3.3.3.- Inobservancia del precedente por parte de los particulares

En el caso de los particulares, la inobservancia del precedente acarrea consecuencias jurídicas, como la nulidad de las actuaciones realizadas sin obtemperar el precedente, o bien, podría comprometerse la responsabilidad civil de las personas afectadas, por no cumplirse un precedente que establece una situación jurídica en su favor, por lo que las personas que violen el precedente, podrían ser demandadas en daños y perjuicios por los afectados.

IV. Conclusiones

1. Uno de los rasgos más distintivos y relevantes de la democracia moderna lo constituye el redimensionamiento del rol del juez, lo cual produce un impacto en la sentencia constitucional.
2. La amplia gama de efectos deducidos de la sentencia constitucional arroja consecuencias sobre la formulación de políticas públicas. Esto ha llevado a una corriente importante de la doctrina constitucionalista a considerar a la sentencia constitucional como un acto de dirección política.
3. Los tribunales constitucionales, si bien disponen de relevantes competencias que inciden en el funcionamiento de las instituciones del Estado y en la vida social, tienen una alta responsabilidad política al reconocer la existencia de límites competenciales, procesales e interpretativos que le impiden invadir el núcleo competencial de otros poderes del Estado, la sujeción a la Constitución y a su ley orgánica, así como a la ideología jurídicopolítica esbozada por el constituyente.
4. El ejercicio de la argumentación y motivación de las sentencias por parte de los tribunales constitucionales resulta un elemento que les legitima democráticamente, aunque su activo rol de agentes del cambio social, empujando la formulación y realización de políticas públicas constituye un elemento que paralelamente legitima el régimen democrático.
5. La motivación de la sentencia constitucional involucra la existencia de dos elementos fundamentales: un juicio lógicojurídico y una apreciación axiológica por parte del juez, quien debe interpretar la ley de acuerdo a su ciencia y conciencia.

6. El juez constitucional debe motivar su sentencia argumentando bajo una doble perspectiva: los argumentos jurídicos que permitan dar una solución adecuada al caso y las consecuencias que el fallo tendrá para el conjunto de la sociedad, ya que una parte de su motivación (la *ratio decidendi*) es susceptible de irradiar hacia el futuro efectos generales y vinculantes sobre toda la comunidad.
7. La parte motiva de la sentencia constitucional recoge la “*ratio decidendi*”, que consiste en la razón principal o fundamental bajo la cual se da respuesta jurídica a los hechos substanciales del caso. Aquí es donde radica el carácter vinculante del precedente.
8. Su carácter vinculante se deriva a la naturaleza del precedente constitucional como norma jurídica y como tal, revestida de legitimidad, coercibilidad, generalidad y permanencia.
9. El precedente constitucional, como norma jurídica, asume distintos usos en función de la situación jurídica en la que deba expandir efectos. El precedente puede ser asumido como argumento jurídico, como parámetro de constitucionalidad o como fuente de derecho.
10. Los efectos del precedente constitucional pueden ser *vinculantes*, cuando obligan a toda la comunidad; *persuasivos*, cuando fungen como argumento jurídico en un caso posterior; *creativos* cuando conciben una regla jurídica; *declarativos*, cuando se limitan a interpretar una norma jurídica ya existente; *integradores*, cuando llenan una laguna jurídica e *interpretativos*, cuando reinterpretan una norma jurídica existente.
11. Los efectos vinculantes del precedente constitucional tienen implicaciones en lo relativo a la argumentación jurídica, ya que la “*ratio decidendi*” se configura con la argumentación bajo la cual se resuelve el

caso; la “ratio” está inserta en la parte motiva y guarda conexión con el dispositivo del fallo, ya que no puede subsistir una contradicción entre la parte motiva y el fallo.

12. Otra de las implicaciones del efecto vinculante del precedente recae en los actores del sistema, los cuales están obligados a respetarlo, salvo que se produzca con posterioridad otro precedente del Tribunal Constitucional que derogue el precedente asentado (“overruling”) o se produzca una reformulación del ordenamiento jurídico, que haga desaparecer la norma jurídica que sirve de sustento al precedente.
13. La inobservancia del precedente por parte de los tribunales, las autoridades administrativas y los particulares implica sanciones de diferente intensidad, que van desde la nulidad de los actos y actuaciones realizadas desconociendo el precedente instituido hasta la determinación de la responsabilidad civil, penal o administrativa del actor que inobservó el precedente asentado.

Finalmente, habrá que reconocer que la justicia constitucional y su “modus operandi” han venido a revolucionar las sociedades de nuestras latitudes con el sueño de hacer concreto lo dispuesto por la Ley Fundamental y hacer viable la sociedad democrática en la que se desenvuelven. Les invito, pues, a que juntos hagamos posible el derecho de vivir en Constitución.

Bibliografía

BANKOWSKI, Z; (1997). "Las Razones Fundamentales de los Precedentes. Interpretando Precedentes. Un Estudio Comparativo". Ed. Ashgate; Dartmouth, EEUU.

BERNAL PULIDO, C. (2008). "El Precedente Constitucional en Colombia"; Revista Derecho del Estado No. 21; diciembre.

BORRELL MESTRE, J. (2015). "La Motivación de las Sentencias. Especial Referencia a las Sentencias Constitucionales". Ponencia presentada en la XII Jornadas de Derecho Constitucional del CEFCCA; Santo Domingo, Rep. Dom. Noviembre.

CANOSA USERA, R. (2002). "Interpretación Constitucional y Voluntad Democrática"; en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. México (Mx): Porrúa, p. 2601.

CORIPUNA, J. A. (2007). "Estudios al Precedente Constitucional"; 1ra Ed.; Lima, Perú; Ed. Palestra; pp. 129-130.

DWORKIN, R. (2012). *"El Imperio de la Justicia"*; 2da Ed., Barcelona (ES): Geduda. p. 267; ISBN: 978-84-7432-323-8

EZQUIAGA GANUZAS, F. (2011). "La Motivación de las Decisiones Judiciales en el Derecho Peruano"; Argumentación e Interpretación; Ed. Grijey; Lima, (Pe); p. 5-7.

FERRER MAC-GREGOR, E. & SÁNCHEZ GIL, R. (2009). "Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana"; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo, p. 239.

FIX-ZAMUDIO, H. (1965). "El Juez ante la Norma Constitucional". México, D. F. Ed. UNAM pp. 30-31.

FIX-ZAMUDIO, H. (2002). "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. México, Porrúa, t. III, p. 2775.

GARCÍA PELAYO, M. (1981). "El Status del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*; Vol. 1, Núm. 1; Enero-Abril, 1981.

GARCÍA TOMA, V. (2009). "Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante". *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1ª ed., Vol. 1, p. 61). Lima, Perú: Adrus. p. 61.

GARROTE CAMPILLAY, E. A. (2012). "Cosa Juzgada Constitucional Sui Generis y su Efecto en las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 10, Núm. 2; Santiago de Chile; ISSN: 018-5200.

GOODHART, A. (1988). "El Precedente Inglés y el Derecho Continental"; Londres (GB) p. 161.

ITURRALDE, V. (2013). "Precedente Judicial"; *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*; No. 4, marzo-agosto 2013, p. 195.

LÓPEZ MEDINA, D. E. (2006). "Interpretación Constitucional"; 1ra Ed.; Bogotá, Colombia; Unibiblos; p. 138.

LUCAS VERDÚ, P. (1976). "Curso de Derecho Político"; 3ra Ed. Madrid (ES): Tecnos p. 1495.

MARIONI, J. G. (2013). "Precedentes Obligatorios"; 1era Ed.; Lima, Perú; Ed. Palestra; pp. 281-282.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006). "La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos Fundamentales sobre su Fuerza Vinculante". Vol. 4, núm. 1, Revista Estudios Constitucionales, julio 2006; pp. 97-124.

SAGUÉS, N. P. (2011). "Los Tribunales Constitucionales como Agentes de Cambio Social"; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano; Año XVII, Montevideo, p. 527.

OLANO GARCÍA, H. A. (2011). "Del Precedente Constitucional al nuevo Precedente Contencioso-Administrativo". Revista Estudios Constitucionales, Año No. 9, Núm. 2; p. 395.

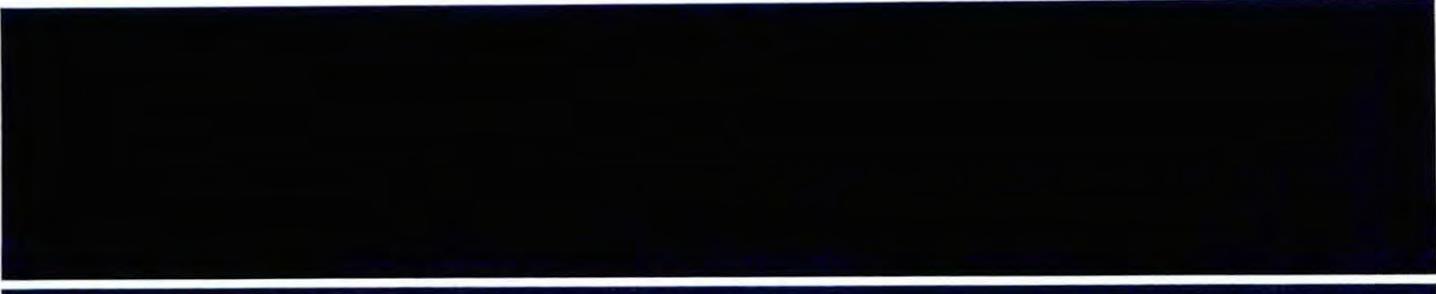
PALOMINO MANCHEGO, J. (2008) "La Sentencia Constitucional en las Acciones de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Perú". Revista Jurídica de la UNAM [en línea] (consultado 26 de septiembre 2016). Disponible en:
<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/28.pdf>

PÉREZ TREMP, P. (2000). "La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial Referencia a América Latina". Conferencia pronunciada en la Universidad Centroamericana José Simón Cañas de San Salvador, El Salvador.

TARUFFO, Michelle (2006). "La Motivación de la Sentencia". México, D. F. Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 332.

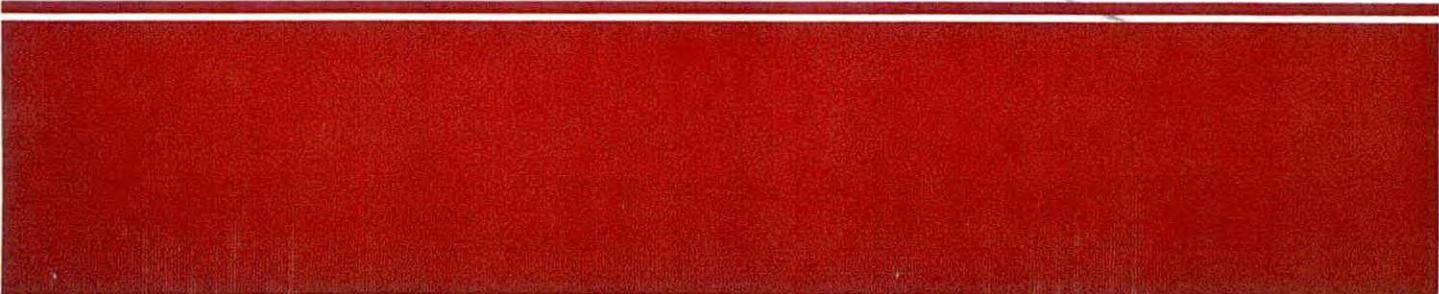
THURY CORNEJO, Valentín (2009) "La Legitimidad de los Tribunales Supremos y sus Estrategias Comunicativas. El Caso de la Corte Suprema de EEUU".

Revista Estudios Constitucionales, año 7, No. 1; pp. 243-275 y ZARZOSA GONZÁLEZ, César (2011). "Posibilidades y Límites del Tribunal Constitucional". Recuperado el 15 de mayo de 2012, de www.constitucionalismocritico.blogspot.com.



**¿EXTRALIMITACIÓN O DELIMITACIÓN DE SU
AUTONOMÍA PROCESAL POR PARTE DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?**

Juan Fernando Durán Alba



¿Extralimitación o delimitación de su autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional?¹

Juan Fernando Durán Alba

Profesor Titular de Derecho Constitucional

(Universidad de Valladolid, España)

Exletrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: Introducción. 1. ¿Existe autonomía normativa del Tribunal Constitucional en términos procesales? 2. Autonomía procesal para interpretar el alcance de los requisitos de admisibilidad. *2.1 Cómputo del plazo de interposición de los recursos. 2.2 Lugar de interposición de los recursos de amparo. 2.3 La objetivación del recurso de amparo a través del requisito de la espacial trascendencia constitucional.* 3. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y voluntad de las partes para disponer del objeto del proceso una vez admitido: el caso del desistimiento: *3.1. Regulación del desistimiento. 3.2 Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia. 3.3.- Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos de amparo.* Referencias bibliográficas.

Introducción

El lector no encontrará en las siguientes líneas un intento de construir dogmáticamente la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, su significado, alcance y manifestaciones en que se concreta. Creo que es empeño que excede los límites de que dispongo. Acaso, consentiría como mucho en debatir sobre su existencia, y ello no sin cierta contundencia y austeridad

¹ El texto de la presente ponencia estaba inicialmente cerrado a fecha de 31 de agosto de 2016. La

argumental. Pero admitida la misma por la singularidad del órgano de justicia constitucional, de las facultades jurisdiccionales que ejerce y por la propia peculiaridad de los procesos constitucionales en los que el recurso a los criterios de oportunidad no resulta infrecuente², puede resultar útil tratar de discernir si un uso “incontrolado” de esta autonomía puede aproximar al Tribunal a las lindes de la arbitrariedad.

Nuevamente resulta, si se pretenden analizar todos y cada uno de los supuestos en los que se concreta lo que ha sido calificado como especialidad de los Tribunales Constitucionales sobre los tribunales ordinarios³, empeño de cierta envergadura, lo que exige una estricta acotación previa de los extremos que van a someterse a consideración. Posiblemente, la “estrella” en este ámbito sea la fascinación que despierta comprobar la posibilidad que tienen los órganos de justicia constitucional de intervenir sobre los efectos y alcance de los fallos de sus propias resoluciones. Así mismo, resultan llamativas las facultades para disponer sobre el objeto de la pretensión, en orden a determinar su supervivencia ante cambios legislativos sobrevenidos, o a extender el objeto del juicio mediante el recurso de la conexión material.

Sin pretender sostener que estas cuestiones y otras de similar envergadura se encuentren ni mucho menos ayunas de polémica, he querido hacer hincapié en algunas cuestiones que, pareciendo de menor entidad que las aludidas, se mueven habitualmente en el terreno de la marginalidad intelectual. La ausencia de crítica, bien sabido es, puede desembocar en la impunidad para aquellos asuntos que, pasando desapercibidos o quedando convenientemente camuflados entre los oropeles de las “cuestiones relevantes”, pueden llegar a

versión que se publica recoge, sin embargo, algunas actualizaciones incorporadas posteriormente.

² Vid. sobre este particular Rodríguez-Patrón Rodríguez, Patricia: *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Thomson Civitas, Madrid, 2003, en especial pp. 19 y ss.

³ *Ibid. Ibid.*, p. 27 y ss.

comprometer la propia seguridad jurídica que esperan las partes intervinientes en los procesos constitucionales de la actuación del órgano de justicia constitucional. Es por ello que, a continuación, el lector hallará reflexiones acerca de cómo se proyecta la autonomía procesal sobre el trámite de admisión de los procesos constitucionales y sobre la posición del órgano ante la voluntad del recurrente, de renunciar al proceso; siempre desde la tensión entre autonomía y seguridad jurídica entendida como límite a la misma y como expresión de la interdicción de la arbitrariedad⁴.

1. ¿Existe autonomía normativa del Tribunal Constitucional en términos procesales?

En términos absolutos no parece, *prima facie*, que la autonomía normativa del Tribunal Constitucional adquiera relevancia notable procesalmente considerada. Una vez delimitados material y formalmente por el legislador – incluso por el constituyente– los aspectos rituarios de la jurisdicción constitucional, se antoja escasa la incidencia que las normas internas del Tribunal puedan desplegar en este particular.

En su condición de órgano constitucional, el art. 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) le atribuye potestad reglamentaria en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos *sobre su propio funcionamiento* y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», autorizados por su Presidente” (la cursiva pertenece a este trabajo). A partir de dicha habilitación normativa habrá de precisarse si dicha facultad es reconocible en la actuación

⁴ *Ibíd.*, p. 27 y ss.

jurisdiccional del máximo órgano de garantías constitucionales. Ciertamente, el término *funcionamiento* es lo suficientemente amplio como para que el escepticismo del lector se desplace hacia la displicencia intelectual: quizá sea imposible hallar un aspecto particular del funcionamiento del órgano –aun en su mera organización administrativa– que no termine afectando al desempeño de sus funciones jurisdiccionales. Siendo así, y con una vocación notablemente más precisa, es posible identificar las normas dictadas por el Tribunal “propriadamente” aplicables a los procesos constitucionales. Estas serían:

- Acuerdo del 15 de junio de 1982, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones. En dicha norma se contienen disposiciones relativas a la inhabilidad del mes de agosto y su proyección sobre el cómputo del plazo para la interposición de los escritos por los que se inician los distintos procesos constitucionales, así como sobre el eventual funcionamiento jurisdiccional del órgano durante dicho mes.
- Acuerdo del 18 de junio de 1996, del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional. Acuerdo que no requiere de más consideraciones acerca de la trascendencia que tiene para los postulantes del amparo constitucional que precisan de asistencia técnica y representación procesal gratuita.
- Acuerdo del 20 de enero de 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, del 19 de junio, del Régimen Electoral General. La norma contiene disposiciones que

desarrollan la Ley Electoral y la propia Ley Orgánica del Tribunal en lo relativo a los amparos electorales en materia de proclamación de candidaturas, candidaturas proclamadas y proclamación de electos, por parte de las correspondientes Juntas Electorales, con prescripciones tan relevantes como el funcionamiento del Registro General del Tribunal Constitucional, el carácter *natural* de los días previstos para la interposición de los recursos, entre otras, desde el punto de vista del recurrente; o relativas a los plazos para resolver las distintas cuestiones que susciten este tipo de acciones –como las alegaciones de las partes o los recursos del Ministerio Fiscal contra los acuerdos de admisión, entre otros– desde el punto de vista de la propia actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

- Acuerdo del 18 de enero de 2001, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se modifica el horario del Registro General del Tribunal Constitucional.
- Acuerdo del 20 de enero de 2005, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la sustitución de Magistrados a los efectos previstos en el art. 14 LOTC.
- Acuerdo del 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.

No se oculta que, estrictamente considerada, esta intervención normativa del Tribunal es más bien emanación de la “autonomía normativa” –de la que en

su condición de órgano constitucional dispone, como acaba de exponerse⁵ que de la autonomía procesal y que, junto con la autonomía presupuestaria, se vienen vinculando con la “independencia” del órgano (reconocida por el art. 1.1 LOTC) como instrumentos garantizadores de la misma, principalmente frente al Ejecutivo⁶, que en este particular no podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para desarrollar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, más allá de estos extremos dogmáticos, a continuación, se analizarán los resultados, desde la óptica de la “técnica legislativa”, de las normas aprobadas por el Tribunal sobre sus propios procesos. Nada que oponer a que las carencias del legislador sean integradas –sin quebrar el principio de jerarquía normativa– por el propio Tribunal. Dicho lo cual ¿resulta conveniente que el régimen jurídico de la presentación de los recursos de amparo se perpetúe a lo largo de un itinerario que se antoja pensado para desarrollar la capacidad rastreadora más extrema en el recurrente?

La cuestión no queda resuelta por el legislador, al someter las distintas modalidades de recursos de amparo a plazos distintos (tres meses, veinte días y treinta días, además de las peculiaridades en este particular que, para los denominados “amparos electorales”, se contienen en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en función de las distintas modalidades de amparo previstas en los art. 42 a 44 LOTC), pues a continuación –aunque unas decenas de preceptos más adelante– decide que el recurrente, una vez concluido el vencimiento del plazo de interposición, se encuentre con la “gracia” de poder interponer el amparo hasta las quince horas del día hábil inmediatamente posterior al de dicho vencimiento (art. 85.2 LOTC). La cuestión

⁵ Sobre la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional como expresión de la autonomía normativa véase el exhaustivo trabajo de Rodríguez-Patrón, Patricia: *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*. Iustel, Madrid, 2005.

⁶ Vid. Caamaño Domínguez, Francisco *et al.*: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. McGraw Hill, Madrid, 2000 (2ª ed.), p. 3.

del plazo, sin embargo, dista aun de quedar clara para el desventurado recurrente, por cuanto la ley no contempla "qué hacer" con el mes de agosto (tradicionalmente, en España, de carácter vacacional) a los efectos del cómputo del plazo de interposición. "Agosto" e "inhabilidad" se conforman históricamente como manifestaciones unidas por una suerte de vínculo indisoluble en el imaginario popular y, hasta tal punto es así, que las representaciones procesales y asistencias técnicas de los recurrentes parecieran tenerlo grabado en el subconsciente (doy fe de que incluso así se transmite oralmente, de generación profesional en generación profesional). No obstante, la discrecionalidad reglamentaria del Tribunal ha decidido ceñir la "tregua" del cómputo, estrictamente, a los amparos sometidos a un plazo de interposición por días -la mayoría, sino la práctica totalidad, por otra parte- marginando a los amparos parlamentarios que disponen de un plazo de interposición -desmesurado por cierto- de tres meses, según dispone el art. 42 de la LOTC. Así, el art. 2 del Acuerdo del 15 de junio de 1982, supracitado, prescribe, tras haberse previamente declarado la inhabilidad del mes de agosto a efectos jurisdiccionales, que: "Sólo correrán durante el período de vacaciones los plazos señalados para iniciar los distintos procesos atribuidos a la competencia de este Tribunal, salvo los señalados por días en los art. 43.2 y 44.2 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional". La disposición, leída *a contrario* establece, pues, que para computar el plazo de tres meses de interposición de los amparos parlamentarios el mes de agosto ha de tenerse en cuenta.

El problema, no siendo grave en términos numéricos, pues del escaso número de amparos parlamentarios que llegan al Tribunal anualmente, habría que detraer aquellos no afectados en su cómputo del plazo de interposición por

el mes de agosto⁷, sí llama a la reflexión: quien suscribe puede testimoniar la “letalidad” de la excepción a la inhabilidad de agosto con respecto de los amparos parlamentarios y, aunque las estadísticas del Tribunal no reflejan el fenómeno, la práctica observada durante los años de servicio en el mismo me permite augurar que los amparos parlamentarios afectados por el mes de agosto se ven abocados a la extemporaneidad, pues el recurrente identifica automáticamente la regla general de la inhabilidad de dicho mes para los recursos de amparo, sin reparar en la especificidad de los amparos parlamentarios.

2. Autonomía procesal para interpretar el alcance de los requisitos de admisibilidad.

2.1 Cómputo del plazo de interposición de los recursos.

¿Puede el Tribunal mantener criterios distintos sobre el mismo particular absteniéndose en su juicio de señalar la existencia de tal disparidad? La pregunta formulada no reprocha, en principio, tanto la ausencia de motivación para mantener un determinado criterio, sino el aparente desconocimiento, en el seno del órgano, acerca de la existencia de criterios diversos.

En la STC 48/2003, de 12 de marzo, por la que se resuelve el recurso presentado contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, el Tribunal hubo de responder a la denuncia de extemporaneidad del recurso de

⁷ Según los últimos datos disponibles, durante el año 2016, de un total de 6,685 recursos de amparo que ingresaron en el Tribunal Constitucional, únicamente 8 (0,13 % del total) tenían la consideración de recursos de amparo parlamentarios (fuente: *Memoria 2016*. Tribunal Constitucional, Madrid, 2016. Disponible en la propia web del órgano:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Memoria-2016.pdf>
último acceso: 19/11/2017).

inconstitucionalidad contenida en el escrito de alegaciones del Abogado del Estado. La cuestión radicaba en que el recurso de inconstitucionalidad se había presentado en registro distinto al del Tribunal Constitucional, llegando efectivamente al mismo un día posterior al del vencimiento para presentar tempestivamente el escrito de demanda. Pues bien, para descartar el óbice el Tribunal, sin negar la eficacia de su doctrina acerca de la imposibilidad de presentar como regla general los escritos en lugar distinto al Registro General del propio Tribunal, altera las reglas sobre el cómputo de los plazos por meses (el plazo para presentar los recursos de inconstitucionalidad es de tres meses, a partir de la publicación de la ley –art. 33.1 LOTC– sin tomar en cuenta otras eventuales circunstancias que no hacen al caso) contenidas en el art. 5.1 del Código Civil en conexión con otros preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, supletoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y que remite al Código Civil en este extremo⁸. Para separarse de dichas reglas, el Tribunal se apoya en unas consideraciones de una pobreza argumental realmente llamativa: la alteración de lo dispuesto en el Código Civil se produce entendiendo que el comienzo del cómputo del plazo (*dies a quo*) no es el de la fecha de la publicación, sino al día siguiente, como sucede con los recursos de amparo; evidentemente, con dicha argucia bastaba para encajar la presentación del recurso en plazo dado que la extemporaneidad únicamente era de un día posterior al del vencimiento del plazo.

Pues bien, las razones para operar de esta manera fueron: en primer lugar, que a juicio del Tribunal el art. 33.1 LOTC permite ambas interpretaciones; lamentablemente sin sustentar la tesis en desarrollo argumental alguno que

⁸ El citado precepto del Código Civil dispone que: “Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará este excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes” (la cursiva pertenece a este trabajo).

soporte tan sorprendente afirmación, salvo una genérica apelación al principio *pro actione*, en el sentido de que la nueva interpretación es la que favorece al recurrente. En segundo lugar, se pretende apoyar dicha interpretación en un precedente, pero se hace de forma errónea, pues en dicha ocasión (STC 148/1991, de 4 de julio), lo que hizo el Tribunal Constitucional (por cierto sin motivación alguna) fue aceptar la presentación del recurso en registro distinto al del Tribunal durante el plazo de interposición con lo que, reputándose tempestiva dicha presentación, no podía estimarse extemporánea la efectiva llegada al Registro del Tribunal Constitucional una vez concluido el citado plazo.

Desde luego que para comprender tal proceder no pueden ignorarse las especiales circunstancias que rodeaban al recurso y las relevantes cuestiones que habían de abordarse, por más que del máximo intérprete de la Constitución quepa esperarse un más pulcro proceder. Lo que ya resulta más difícilmente admisible es que, habiéndose alumbrado una interpretación del cómputo del plazo por meses que permite la identidad del *dies a quo* en los plazos por meses y en los plazos por días (esto es, el día posterior al de la notificación o publicación del acto impugnado), posteriormente, en una sentencia recaída en un recurso de amparo parlamentario (único supuesto de los amparos constitucionales en los que el plazo de interposición –tres meses– no se establece en días) el Tribunal retorne al criterio del cómputo del plazo de interposición del Código Civil según el cual el *dies a quo* en este tipo de recursos de amparo comienza el mismo día de la publicación o notificación del acto recurrido. Lo más grave es que en la fundamentación que sostiene dicho criterio, en lugar alguno se cita la precedente STC 48/2003⁹.

⁹ Véase la STC 168/2012, de 1 de octubre, FJ 4.

No cabe sino ponerse en el lado del eventual recurrente quien, perplejo, asiste a un ejercicio de la autonomía procesal que le conduce, indefectiblemente, a preguntarse qué criterio –y por qué razones– le será aplicado en su caso.

2.2 Lugar de interposición de los recursos de amparo.

Seguramente el lector se sorprenda con la lectura del título de este apartado, preguntándose cómo es posible que el Tribunal tenga que desplegar ciertos esfuerzos interpretativos para ilustrar a nuestro ya desdichado recurrente en amparo dónde tiene que interponer el recurso. Claro que, bien mirado, lo realmente llamativo es que exista un sistema en el que quien asiste al recurrente deba destinar cierta dedicación para averiguar el lugar correcto de interposición. Y ello es así porque la desafortunada redacción del art. 85.2, párrafo 1º, de la LOTC ha provocado algunas dudas sobre el lugar de presentación de los recursos de amparo¹⁰. Ciertamente, y con carácter general, el lugar de interposición de los recursos dirigidos al Tribunal Constitucional ha de ser el Registro General de este órgano, ahora bien, la duda que se plantea es si la ley ha introducido un régimen particular para los recursos de amparo, esto es: en el caso de los recursos de amparo, la posibilidad de presentarlos en las oficinas o servicios de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad prevista en el apartado segundo del precepto ¿se extiende a todo el plazo de interposición del recurso o únicamente a las demandas “a término” presentadas hasta las quince horas del primer día hábil posterior al del vencimiento del plazo?

¹⁰ El precepto establece que: “Los escritos de iniciación del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido. Los recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de

En un primer momento, suscitada la cuestión ante un recurso de amparo planteado en un registro fuera de Madrid durante el plazo de interposición, y que llegó efectivamente al Tribunal una vez concluido el plazo de interposición, la Sala Segunda del Tribunal acogió lo que parecería la interpretación más restrictiva entre las posibles:

En primer lugar, se atuvo al tenor literal del precepto, aunque no debe ocultarse que su sintaxis no facilita precisamente el recurso al criterio de la literalidad de la norma. En segundo lugar, respetó su propia doctrina sobre la materia, según la cual la presentación de las demandas en lugar distinto al Registro General (los juzgados de guardia, anteriormente a la meritada reforma de 2007) solo era posible en el último día del plazo de interposición, con el objeto de disponer de dicho plazo en su totalidad (ATC 138/2001, de 1 de junio), de tal suerte que la excepcionalidad de la regla no podía convertirse en un criterio de alternatividad acerca del lugar de realización del trámite (SSTC 260/2000, de 30 de octubre, y 54/2001, de 26 de febrero)¹¹. En tercer lugar, por fin, junto con el criterio literal y los propios precedentes, esta primera interpretación de la norma parecía encajar perfectamente con la *voluntas*

los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

¹¹ El criterio sobre el art. 85.2 LOTC se fijó primeramente en la STC 28/2011, de 14 de marzo de 2011 y, más adelante, se mantuvo en las SSTC 127/2012, de 9 de julio, FJ 2 y 168/2012, de 1 de noviembre, FJ 4. A dicha solución ya se había llegado igualmente por algunos autores: *vid.*, en este sentido, el análisis del art. 85.2 LOTC a cargo de J.I. Moreno Fernández y N. Corte Heredero en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Director-Coordenador: Juan José González Rivas), La Ley, Madrid, 2010, en particular en pp. 856 y 857; y así mismo, las consideraciones de L.F. Medina Rey en *La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Francisco Balaguer Callejón, coordinador, Gregorio Cámara Villar y Luis Felipe Medina Rey), Tecnos, Madrid, 2008, en pp. 111 y 112. No así, sin embargo, I. Borrajo Iniesta, que parece entender que del precepto se deduce la presentación indistinta, al sostener que la previsión “promueve la igualdad de acceso a la justicia constitucional en cualquier punto del territorio nacional y, en definitiva, procura un mejor amparo de los derechos fundamentales” (*vid.* “Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes”, en *Teoría y Derecho*, núm. 3/2008, p. 189).

legislatoris, pues durante la tramitación parlamentaria de la reforma se presentaron sendas enmiendas en ambas Cámaras destinadas a que la redacción del precepto fuera concluyente en cuanto a permitir la presentación del recurso indistintamente durante todo el plazo de interposición; pues bien, ninguna de las propuestas fue admitida.

Sin embargo, dos años más tarde y apelando sustancialmente al principio *pro actione*, el Tribunal ha declarado que, a partir de la redacción del precepto, no existe objeción alguna para interpretarlo en sentido contrario. La resolución, dictada por el Tribunal en pleno frente a las anteriores, que fueron adoptadas por las correspondientes salas, se apoya en que la norma recoge un régimen excepcional, en relación con la presentación de los recursos de amparo. Invocando la desproporción y el rigorismo de la primera interpretación, es censurable, a mi juicio, la ausencia de una argumentación consistente para separarse de la doctrina tradicional sobre el lugar de presentación del recurso de amparo expuesta en el párrafo anterior. Ciertamente, el Tribunal trata de paliar los daños ocasionados por el legislador sobre los recurrentes, al distorsionar el régimen general de la presentación de los recursos, introduciendo la posibilidad de presentación del recurso de amparo en lugar distinto al Registro General del Tribunal Constitucional, una vez que ya había extendido el plazo de interposición hasta las quince horas del día hábil posterior al del vencimiento, no siendo entonces precisa la alteración de dicho régimen general¹². Pero la cuestión es que la resolución, sin argumentos convincentes, no interpreta, sino que manipula el tenor literal de la norma.

¹² STC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 2-5, la resolución cuenta con el voto particular discrepante del magistrado Aragón Reyes.

2.3 La objetivación del recurso de amparo a través del requisito de la especial trascendencia constitucional

Si bien la falta de publicación de las providencias dictadas sobre la admisibilidad de los recursos de amparo impide un análisis más riguroso, de la lectura de los Autos y Sentencias es posible extraer algunas conclusiones acerca de cómo el Tribunal Constitucional ha aplicado el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo introducido por la Ley Orgánica 6/2007, del 23 de mayo. Desde luego la propia redacción normativa no ha facilitado las cosas al Tribunal, pues de una lectura sistemática de los arts. 49.1 y 50.1 LOTC se advierte que el legislador declinó expresar los supuestos en los que puede concretarse materialmente la objetivación del amparo constitucional. El Tribunal, con cierta calma, suplió la omisión mediante la STC 155/2009, del 25 de junio, en la que en su fundamento jurídico segundo se encuentran dichos supuestos, en forma de *numerus apertus*, pues se deja la puerta abierta a una futura ampliación¹³.

La cuestión realmente no radica, sin embargo, en que el Tribunal haya tenido que decir lo que el legislador calló. A fin de cuentas, este decidió cambiar la naturaleza del recurso de amparo y dejó a aquel la determinación autónoma del modo aplicar la objetivación. Así, un examen de la práctica del Tribunal revela lo siguiente:

En primer lugar, que durante los primeros años, el recurrente no supo si su recurso carecía de especial trascendencia o adolecía de manifiesta ausencia de lesión, pues la respuesta que recibía por parte del Tribunal era que su recurso

¹³ El análisis exhaustivo más reciente sobre la especial trascendencia constitucional puede encontrarse en Beladiez Rojo, Margarita: "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional* (Iustel), núm. 25, octubre 2017 (RI §419399).

se inadmitía por falta de especial trascendencia constitucional¹⁴. Una vez reconocido que la constatación liminar de que no hay lesión continúa siendo un motivo de inadmisión del recurso (STC 183/2011, del 21 de noviembre, FJ 2), el siguiente paso fue estimar abiertamente que dicha apreciación supone la concurrencia del requisito de inadmisión previsto en el art. 50.1, a) LOTC en relación con el precepto conforme al que se haya presentado el recurso, y así se hace constar en la motivación de la inadmisión¹⁵. Así, ha de sospecharse que el principal motivo material de inadmisión continuó siendo, prácticamente durante siete años, la inexistencia de lesión y, quizá solo en presencia de la lesión, el análisis de la especial trascendencia constitucional quedaba aplazado a un ulterior momento¹⁶.

En segundo lugar, la propia parte sustancial del requisito parece haber quedado inicialmente desactivada, en buena medida, por el propio Tribunal, en lo que se antoja un auténtico pánico a enjuiciar la relevancia objetiva del asunto, si se ha constatado la posible existencia de lesión. Este tipo de problemas no son en absoluto nuevos y vienen existiendo desde el comienzo de la andadura de nuestro máximo órgano de garantías constitucionales, que no siempre actuó con contención a la hora de discernir el contenido constitucional

¹⁴ A tan sorprendente conclusión –por lo demás, consecuencia de una conducta procesal del Tribunal escasamente compatible con los postulados de la reforma de 2007– se llega tras leer el ATC 272/2009, del 26 de noviembre, pues a partir de su contenido se colige que, apreciada *prima facie* la ausencia de lesión, el recurso se inadmite motivadamente por falta de especial trascendencia constitucional, pero sin ser necesario analizar la concurrencia de la misma, ya que lesión y relevancia objetiva de la misma son exigencias acumulativas. Realmente, un problema previo es si tan sucinta motivación es suficiente, pero por razones de espacio habrá que postergar el análisis de la cuestión a una mejor ocasión.

¹⁵ Por todos, AATC 134 a 147/2011, del 3 de noviembre, especialmente en el último fundamento jurídico de cada resolución citada.

¹⁶ La existencia de providencias de inadmisión sustentadas en la falta de lesión la desvela la lectura de los antecedentes del ATC 116/2012, del 4 de junio, cuando en el Antecedente segundo, letra e), se indica como motivo de la inicial inadmisión. “con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) LOTC, dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela”.

de las controversias que habría de dirimir, deslizándose hacia los terrenos de la impartición de justicia, ocupados por la jurisdicción ordinaria¹⁷.

En tercer lugar, resulta cuestionable la forma en que se viene administrando el requisito. Como máximo custodio del contenido y significado de la especial trascendencia constitucional, una vez apreciada, el Tribunal no acepta de buen grado las alegaciones del contrario. La relevancia objetiva se erige así, frente a la pretensión del recurrente, de desistir de la demanda, en un argumento para no admitirla (STC 141/2012, del 2 de julio, FJ 2) y convierten al Tribunal en “amo y señor” del recurso, sin que quepa alegar, tras la admisión que determinados motivos de los contenidos en un recurso carecen de dicha relevancia (STC 2/2013, del 14 de enero, FJ 3). De lejos, el criterio de que el recurso plantea una cuestión o faceta nueva sobre la que no existe doctrina es, según parece, el motivo principal para apreciar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional, cuando hay que contestar a la alegación de que la demanda carece de la misma. Si ya de por sí, los esfuerzos del Tribunal por construir la especial trascendencia constitucional del recurso son extraordinariamente llamativos en lo que al alumbramiento de nuevas cuestiones se trata¹⁸, mayor perplejidad ha de suscitar el examen de las sentencias en las que, por no alegarse sobre la cuestión, el Tribunal omite indicar la relevancia objetiva del asunto que, por otro lado, se antoja difícil de advertir, sobre todo –aunque no solo– cuando se denuncian infracciones del art. 24.1 CE en materia de emplazamientos o, no digamos, sobre incongruencia omisiva. Esta situación, en la que el carácter objetivo del recurso se presentaba

¹⁷ La cuestión ha sido planteada con exhaustividad por Juan M.^a Bilbao Ubillos en “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Moteo Rodríguez*, t. I, Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, en especial en págs. 152 y sigs.

¹⁸ Alicia González Alonso ya ha alertado que el ingenio del Tribunal puede convertir a este criterio en “un auténtico coladero” para la admisión de los recursos cuando exista lesión (*vid.* “¿Ha cambiado algo

como un arcano para las partes presentes en el proceso, se ha pretendido solventar desde 2015, indicando en las resoluciones por las que se admite en el recurso de amparo el motivo por el que el Tribunal apreció que concurre en la demanda especial trascendencia constitucional... eso sí, tan solo siete años más tarde de la reforma legislativa¹⁹.

3. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y voluntad de las partes para disponer del objeto del proceso una vez admitido: el caso del desistimiento.

3.1. Regulación del desistimiento.

La Ley Orgánica del Tribunal contiene una regulación muy sucinta del desistimiento. Por un lado, el art. 80 LOTC se limita a recogerlo entre los supuestos a los que se puede aplicar de forma supletoria las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante: LEC)²⁰ en la tramitación de las controversias ante el Máximo intérprete de la Constitución. Por otro lado, más adelante se dispone que las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de desistimiento adoptarán la forma de Auto (art. 86.1 LOTC). En definitiva, se trata de conciliar, por un lado, el carácter rogado de la jurisdicción constitucional en la que el Tribunal, a salvo de lo dispuesto para la cuestión interna de inconstitucionalidad (arts.

el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?". *Justicia Administrativa*, núm. 59 (2013), p. 32).

¹⁹ Me he hecho recientemente eco de este cambio de criterio y de los efectos sobre la admisión del amparo derivados de la STEDH, del 20 de enero de 2015, en el asunto Arribas Antón c. España en: "Poliorcética del amparo constitucional: asedio y defensa del recurso de amparo en términos procedimentales", *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 2 / núm. 2, 2017, en particular pp. 262-265.

²⁰ En concreto resultan de aplicación los arts. 19.1, 20.2 y 20.3 LEC.

55.2 y 75, *quinquies*, aptdo. 6º LOTC)²¹, no inicia proceso alguno *ex officio*, con, por otro lado, la innegable trascendencia de las cuestiones planteadas ante el mismo, tanto en el ejercicio de la función nomofiláctica destinada a preservar la supralegalidad de la Constitución como en su condición de juez de las controversias competenciales y en la de garante subsidiario de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos, si no se pierde de vista la importante dimensión doctrinal del amparo constitucional.

Sin embargo, el recurso al desistimiento en los procesos constitucionales de cariz competencial no ha estado exento de críticas y, en ocasiones, su práctica resulta un tanto perturbadora. En este sentido, podría hablarse de una “ética” y una “estética” en la práctica del desistimiento cuando se aborda su examen crítico. “Ética”, por cuanto la solicitud de desistimiento puede sustentarse en criterios de mera oportunidad política, evitando que el Tribunal Constitucional se pronuncie en la materia, pues si bien es cierto, aunque como tendrá ocasión de exponer a continuación, la solicitud de la parte que desiste no lo vincula, las resoluciones en la materia parecen limitarse a constatar que no haya oposición de la parte contraria. “Estética”, por cuanto la ocasional existencia de desistimientos seriadados puede dar la imagen de un recurso a esta fórmula procesal poco escrupuloso, si bien la duda del que asiste a este singular proceso puede emerger tanto con respecto del momento inicial del mismo como del momento final: si se abdica tan estentóreamente del proceso, ¿acaso su masiva promoción fue injustificada o lo que resulta injustificado y perturbador es precisamente la abdicación sistemática? Esta aparente paradoja, si no

²¹ No parece el mismo supuesto la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, tras resolverse un conflicto en defensa de la autonomía local, por más que el Tribunal parezca tener un cierto margen de discrecionalidad en la iniciación del nuevo procedimiento: “La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento

resuelta, sí por lo menos ha tratado de explicarse mediante la pendencia del conflicto, esto es, que la necesidad de dictar sentencia subsiste mientras sobrevive el conflicto²². Entonces, si extraprocesalmente el conflicto se desvanece, procesalmente desaparece la necesidad de dictar sentencia, dicho más o menos rotundamente. Así, el desistimiento serviría de válvula de escape posterior a las controversias competenciales una vez planteadas, de la misma manera que, preventivamente, los arts. 33.2 y 63 LOTC pueden servir como mecanismos de evitación del proceso. Ni que decir tiene que quien niegue toda eventual consideración política al hecho de la presentación de una impugnación competencial rechazará la posibilidad de su extinción por tal motivo, exigiendo fundamentación y control jurídico²³. Más aun, el inicial fracaso de las vías preventivas o previas que condujo en su caso a postular el restablecimiento del orden competencial ante el Tribunal tiene, en la existencia del desistimiento, un medio que no haga inútil el mantenimiento o reapertura futura de la negociación entre las partes, en la medida en que gracias a dicho mecanismo, una eventual avenencia puede dar lugar a la terminación del proceso sin sentencia.

Procesalmente, y a pesar de la apelación que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando su supletoriedad, dicha aplicación *en defecto de* “solo es admisible si la aplicación derivada de ella no va contra la Ley Orgánica y sus principios inspiradores”, o

establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes” (art. 72, *quienquies*, aptado. 6º, LOTC).

²² *Vid.*, con respecto de los recursos de inconstitucionalidad, Rodríguez de Santiago, José M.ª, “El desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad”, *Ciss. Noticias de la Unión Europea*, núm. 281 (2008), en particular pp. 64 y 68.

²³ Así en Ibáñez García, Isaac, “El desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia y otras propuestas ante la reforma de la LOTC”, *Actualidad Administrativa*, T. 2 (2007), 1.

lo que es lo mismo, “la aplicación supletoria no puede ser indiscriminada”²⁴. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a lo largo de distintas resoluciones ha ido perfilando el alcance del desistimiento en los procesos constitucionales, alejándolo en parte de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil en la que la disposición de los litigantes sobre el mismo se presenta con mayor plenitud. En términos sustanciales, y por lo menos formalmente, el Tribunal Constitucional no queda vinculado por la voluntad unilateral de quien lo formula, pero, y es importante retenerlo, parece que la solicitud de desistimiento ha de atenderse siempre que otras circunstancias no lo impidan²⁵. Dichas circunstancias (o requisitos intrínsecos del desistimiento)²⁶, resultan ser:

- La conformidad o, en su caso, la oposición del resto de las partes en el proceso, aunque parece que los motivos de una eventual oposición pudieran ser examinados por el Tribunal en la medida en que dicha

²⁴ Vid. el análisis al art. 80, a cargo de Huelin Martínez de Velasco, Joaquín, en los *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, (coord. J. L. Requejo Pagés). Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, p. 1272.

²⁵ “No obstante la naturaleza rogada de la jurisdicción constitucional y aun cuando el desistimiento funciona en favor de la presunción de legitimidad de la Ley, no opera sin más el principio dispositivo y no queda pues vinculado el Tribunal por la voluntad unilateral de quien lo formula, pero tampoco es dudoso que este como titular del interés cuya actuación sirve de soporte a su legitimación activa en el proceso, ha de ser atendido salvo que otras consideraciones prevalentes lo impidan” (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 1).

²⁶ La existencia de requisitos extrínsecos e intrínsecos es puesta de manifiesto de la siguiente manera: “Dentro de estas coordenadas, una vez cumplidos los requisitos extrínsecos que la Ley de enjuiciamiento civil exige para acceder al desistimiento en cuanto a la forma, pues lo formula el Abogado del Estado autorizado por el Consejo de Ministros según certificación del acuerdo adoptado al efecto en cuanto al tiempo, por estar el procedimiento en desarrollo, no es problemática tampoco la concurrencia de los requisitos intrínsecos que ha venido exigiendo este Tribunal Constitucional. Uno, que el Gobierno de Cantabria, la otra parte personada, no se oponen a tal pretensión. Otro, como límite sustantivo, es el interés público y también cualquier particular con entidad suficiente y legítimo, por supuesto, que no pueden ser dejados a la intemperie por la conveniencia de quien, en su momento, puso en marcha el proceso pero no es su dueño. En este caso, no se aprecia perjuicio de parte ni daño para el interés general o público ni se advierte tampoco interés constitucional alguno, que aconseje su prosecución para ser terminado por sentencia” (ATC 278/2001, de 30 de octubre, FJ 2)

oposición ha de manifestarse “a través de algún motivo declarado válido por este Tribunal” (ATC 128/1994, de 19 de abril, FJ único).

- La existencia de un interés constitucional que justifique la prosecución del proceso hasta su finalización por sentencia (ídem). Aunque aparentemente este interés constitucional se trataría de un interés público, lo cierto es que el Tribunal, de forma acaso un tanto críptica, indica que “y también cualquier [interés] particular con entidad suficiente y legítimo” (ATC 278/2001, de 30 de octubre, FJ 2).

Junto con los requisitos que se acaban de indicar, de carácter sustancial, el Tribunal ha conformado la vertiente formal del desistimiento de la siguiente manera:

- En lo que respecta a la legitimación: ha de solicitarse por el actor del proceso, de tal suerte que, en el caso de los recursos de inconstitucionalidad planteados por 50 Diputados o 50 Senadores se exige una identidad absoluta de los promotores de la impugnación y de los que pretenden desistir (y no se refiere a coincidencia numérica o pertenencia al mismo Grupo parlamentario recurrente sino identidad personal, ATC 56/1999, del 28 de octubre, FJ 3). En este sentido, y aunque no cumple al Tribunal Constitucional el control de la observancia de los trámites previos al proceso constitucional, salvo que su propia Ley Orgánica así lo disponga²⁷, es curioso constatar la disparidad de la regulación en la materia. En lo que afecta a la legitimación de las Asambleas de las Comunidades Autónomas para acudir ante el Tribunal Constitucional, son ciertamente escasos los Reglamentos parlamentarios

en los que se formaliza la adopción del acuerdo para desistir del proceso constitucional, limitándose, en la mayor parte de los casos, a prever la adopción del acuerdo para recurrir. No parece problemática, sin embargo, tal omisión, en la medida en que, dada la naturaleza del desistimiento, quien ejercitó la acción puede abdicar de la misma si adopta el pertinente acuerdo en tal sentido (téngase bien presente que, en el caso de estas asambleas legislativas, la legitimación no le está reconocida a la minoría parlamentaria, como el caso del Congreso de los Diputados y del Senado, sino al órgano parlamentario).

También, en este particular, se percibe la falta de correlación entre la exigencia de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma para el planteamiento del recurso y del conflicto por parte de los correspondientes órganos ejecutivos, sin que las normas aplicables al caso hayan previsto la consulta preceptiva en el caso del desistimiento. Ahora bien, en la medida en que el desistimiento sea fruto de la satisfacción extraprocesal o de negociación (o presión coyuntural) política sometida al criterio de oportunidad, por muy censurable que pueda ser este segundo motivo, parece que en estos ámbitos la intervención del órgano consultivo técnico no se compadece bien del ámbito de la discrecionalidad, teniendo en cuenta que dichos órganos únicamente sustentan sus dictámenes en criterios jurídicos, salvo que expresamente se solicite un juicio de oportunidad²⁸.

²⁷ V. gr. la preceptiva consulta previa, aunque no vinculante, al Consejo de Estado u órgano equivalente de la correspondiente Comunidad Autónoma, cuya omisión puede acarrear la inadmisión del conflicto en defensa de la Autonomía local (art. 75.3 *ter* en relación con el 75.1 *quinquies* LOTC).

²⁸ Véase, a favor de la intervención del Consejo de Estado en el supuesto del desistimiento del presidente del Gobierno en los procesos que puede plantear y que dicha intervención se disponga en la LOTC, Ibáñez García, Isaac, *op. cit.*, I.

- Postulación: exigencia de un poder especial para desistir, tanto porque así lo contempla la LEC (art. 25.2,1) como porque forma parte de los “requisitos extrínsecos” en la medida en que se ha considerado necesaria la existencia de “un mandato específico e individualizado para apartarse de un concreto pleito o instancia”²⁹.

Aunque el art. 86 LOTC contempla que la resolución sobre el desistimiento ha de tomar la forma de Auto, el Tribunal no ha excluido que se declare mediante Sentencia. Mientras el Auto queda reservado para el supuesto de que el desistimiento sea total y se solicite durante el curso del proceso, la declaración por Sentencia acontece en los supuestos de desistimiento parcial, cuando haya de rechazarse la solicitud o cuando se haya planteado después de la citación para Sentencia (ATC 278/2001, de 30 de octubre, FJ 1).

3.2 Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencia.

Lo cierto es que a pesar de que el Tribunal Constitucional ha declarado con cierta rotundidad que no rige en su plenitud el principio dispositivo, pues no queda vinculado unilateralmente por la voluntad del que plantea desistir, y que ha de examinar las circunstancias concurrentes, en orden a apreciar la no subsistencia de un interés que aconseje la prosecución del proceso hasta su culminación por Sentencia, lo cierto es que el rechazo del desistimiento parece la excepción a la regla, que es atender el desistimiento “salvo que otras razones prevalentes lo impidan” (STC 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 1)³⁰.

²⁹ STC 2/1995, del 10 de enero, FJ único.

³⁰ Sobre este particular, Rodríguez de Santiago, José M.^a: “El desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad”, *op. cit.*, en particular pp. 65 y ss.

Ahora bien, contrasta la indefinición del interés público prevalente esgrimido para rechazar el desistimiento que dio lugar al ATC 419/1986, de 13 de mayo, achacando en cierta medida a los recurrentes la falta de motivos que justifiquen el desistimiento sustentado aparentemente en razones políticas³¹, para concluir sin muchas explicaciones que el objeto de la controversia ni ha quedado resuelto ni es descartable que se reproduzca en el futuro³², con las fórmulas un tanto apodícticas que el propio Tribunal viene empleando para admitir el desistimiento, del estilo *no son de advertir razones específicas de interés general que justifiquen proseguir el procedimiento*.

La existencia de dos posiciones sobre el particular se ha manifestado en los votos particulares al ATC 359/2006, de 10 de octubre, de los Magistrados Conde Martín de Hijas y Rodríguez-Zapata Pérez³³. En ellos se critica, de un lado, la modulación que ha realizado el Tribunal sobre el principio dispositivo que ha de regir el desistimiento, para concluir que, de admitirse, no es de recibo la falta de argumentación esgrimida por las distintas resoluciones en las que se declara el desistimiento y en las que no se advierte que el Tribunal pondere realmente la inexistencia de un interés público para seguir el proceso. De otro lado, asumiendo la licitud de dicha reserva, el Tribunal ha de atender

³¹ "En el presente caso, los motivos invocados por el Comisionado explican solo la decisión de desistir, pero no justifican por sí solos que el proceso constitucional haya de concluir sin que el Tribunal pueda ni deba pronunciarse sobre la adecuación o no de las normas impugnadas a la Constitución. Como señala el Letrado del Estado, han podido desvanecerse ahora las razones políticas o de oportunidad que motivaron en su día la interposición del recurso de inconstitucionalidad, pero ello no comporta la desaparición del interés público objetivo en garantizar la primacía de la Constitución" (FJ 2),

³² "Por el contrario, en la medida en que las cuestiones controvertidas en este proceso constitucional no cabe entenderlas resueltas por el transcurso del tiempo, ni es tampoco imposible su reproducción en el futuro, es procedente que el Tribunal se pronuncie y decida el presente recurso mediante Sentencia" (ibídem).

³³ En la STC 2/1995, de 10 de enero, se contiene igualmente un voto particular disidente con la aceptación del desistimiento, formulado por el Magistrado de Mendizábal Allende; sin embargo, en aquel caso se trataba de un Recurso de Amparo, por lo que sus consideraciones sobre el proceso de tutela de derechos como un juicio histórico distinto a los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias, no son trasladables al ámbito que nos ocupa.

precisamente a la existencia de razones para seguir el proceso sin que, en este caso, su rechazo por razones formales haya resultado afortunado.

El voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas parte de considerar que la reserva introducida por el Tribunal en los distintos Autos por los que se acuerda el desistimiento, en orden de no advertir interés que aconseje la prosecución del proceso carece, a su juicio, de sustento legal. La razón deriva de que del tenor literal de los preceptos a los que se remite el art. 80 LOTC (singularmente los arts. 19.1 y 20, apartados 2 y 3, LEC) no se deduce que el Tribunal disponga de ningún margen de apreciación para considerar la pertinencia de no declarar desistido del recurso al solicitante cuando no se ha formulado oposición. Continuar el proceso constitucional, en estas circunstancias, supondría por ello, a juicio del Magistrado, el ejercicio en este caso de una facultad autoatribuida. A mayor abundamiento, se sostiene que continuar el proceso en contra de la intención de las partes supone una quiebra de la necesaria imparcialidad de la que debe estar revestida la actuación del Tribunal, con un posible riesgo de la erosión de la *auctoritas* de la propia institución. El núcleo del razonamiento está en la consideración subjetiva en la que descansa un eventual interés a que continúe el procedimiento, que escasamente es compatible con la posición de imparcialidad del Tribunal.

Sentado lo cual, el Magistrado disidente advierte que, si el Tribunal considera la reserva en los términos expuestos, resulta criticable que la misma se enerve con fórmulas acríicas como la expuesta, pues a su juicio debiera desarrollarse una argumentación o justificación más trabada de la inexistencia de interés constitucional.

En el voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata sí se admite la facultad de matizar el principio dispositivo que se ha venido haciendo en las distintas resoluciones en materia de desistimiento, pues, como señala: “los procesos constitucionales son, en efecto, procesos de naturaleza objetiva en los que, junto a los intereses de las partes, está presente el interés general de supremacía efectiva de la Constitución y consiguiente depuración del ordenamiento jurídico, lo que modula en los mismos el carácter dispositivo del desistimiento”. Sin embargo, a continuación admite que, precisamente por ello, el interés de quien desiste ha de atenderse, salvo que concurran esos intereses generales, lo cual, a su juicio explica las escasas ocasiones en las que el desistimiento se ha rechazado. En el caso en particular, concurrían razones para haber rechazado el desistimiento y que fueron indebidamente rechazadas por criterios formales erróneamente apreciados por el Tribunal. En un primer momento, la parte cuya norma se recurría no se opuso al desistimiento, pero posteriormente presentó nuevo escrito de oposición, manifestando que la impugnación revestía “un alto grado de interés general que trasciende al utilizado por la representación del Estado para fundar la legitimación y hace aconsejable sostener la procedencia de continuar la actuaciones hasta que mediante Sentencia, el Tribunal Constitucional declare la constitucionalidad o no de la norma legal impugnada”; que sin embargo fue rechazado por presentarse una vez concluido el plazo otorgado para alegaciones³⁴. En esencia, sostiene el Magistrado disidente, la voluntad de desistir manifestada inicialmente, en tanto manifestación libre de voluntad, ha de poderse revocar libremente, en tanto el Tribunal (como era el caso) no se hubiera pronunciado sobre la misma. Por lo demás, en el caso concreto, sostiene que concurrían precisamente razones para que el Tribunal concluyera el proceso mediante

³⁴ En orden a comprender tan sorprendente proceder no es ocioso indicar que la mayoría política en ambos entes territoriales era contraria, y que en ambos, había cambiado desde el momento de dictarse la norma controvertida e interponerse el recurso y el momento posterior en el que se ejerció el desistimiento, subsistiendo la diferencia política.

sentencia por la relevancia de los derechos fundamentales concernidos (el art. 23 CE en tanto la norma controvertida se trataba de una reforma electoral).

3.3.- Controversia sobre el alcance del desistimiento en los recursos de amparo.

En el ATC 89/2013, del 6 de mayo, el Tribunal no accede al desistimiento planteado por los iniciales recurrentes en amparo en un supuesto que tenía que ver con los casos de actuaciones administrativas en las que, invocando el derecho a la no discriminación, se impedía el concierto en los centros educativos que acogieran lo que se conoce pedagógicamente como “educación diferenciada o segregada”, en lo que suponía un contraste entre el principio de igualdad, alegado por la Administración, y la libertad de enseñanza invocada por la persona jurídica recurrente, a la que se había negado el concierto educativo con la administración. Sorprende, a primera vista, la solicitud de desistimiento –sin expresar motivo alguno– toda vez que pendía conflicto entre la recurrente y la Administración. Así las cosas, de la lectura de la resolución y de los votos particulares que la acompañan –singularmente en estos– se advierte que con posterioridad al primer recurso de amparo se presentó un nuevo recurso sobre el mismo particular –circunstancia que oculta la resolución, pero desvelan los votos– que fue admitido a trámite con la misma fecha en la que se acuerda denegar el desistimiento. Sin tener que desplegar una sagacidad desmesurada, puede aventurarse que, dada la naturaleza del derecho invocado por el recurrente –íntimamente ligado a la libertad ideológica, por cierto–, las razones del desistimiento podrían encontrarse en los ponentes asignados a cada recurso, esto es, que a juicio de los recurrentes, el segundo resultara más próximo ideológicamente –insisto, siempre desde la conjetura– a las pretensiones alegadas en el recurso.

La pregunta es si a una argucia de la parte actora en este caso, el Tribunal puede oponer una triquiñuela vestida como autonomía procesal, más estrictamente, con el argumento del interés prevalente del asunto (este trasciende obviamente del caso concreto, pues el acto administrativo impugnado afectaba a todos los centros educativos que se encontraran en la misma situación que la del demandante) o especial trascendencia constitucional del recurso, en una suerte de “juego de pillos”. Sin menospreciar el reproche que se formula a la resolución por parte de una de las opiniones discrepantes, en orden a que la misma se separa de los precedentes consolidados en la materia y que, por ello, fue cuestión que debió avocarse el Pleno del Tribunal, lo realmente grave es que la resolución oculta el dato fundamental que desvirtúa el argumento que le sirve de soporte: la existencia en el órgano de un recurso posterior y, por tanto, que quedaba expedito el pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión suscitada –ciertamente, relevante, y hasta entonces no abordada por el Tribunal Constitucional–, permitiendo la intervención del órgano juzgador sin violentar la voluntad de renunciar a la acción del primero de los recurrentes.

Referencias bibliográficas

- BELADIEZ ROJO, Margarita: "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional* (Iustel), núm. 25, octubre 2017 (RI §419399).
- BILBAO UBILLOS, Juan M.^a: "Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional", *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. I, Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, pp. 123-177.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes", en *Teoría y Derecho*, núm. 3/2008, pp. 159-203
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco; GÓMEZ MONTORO, Ángel; MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. McGraw Hill, Madrid, 2000 (2^a ed.).
- DURÁN ALBA, Juan Fernando: "Poliorcética del amparo constitucional: asedio y defensa del recurso de amparo en términos procedimentales", *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*, año 2 / núm. 2, 2017, en particular pp. 231-268.
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: "¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?". *Justicia Administrativa*, núm. 59 (2013), pp. 17-40.

IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: "El desistimiento en los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia y otras propuestas ante la reforma de la LOTC", *Actualidad Administrativa*, T. 2 (2007), pp. 1-19.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.^a: "El desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad", *Ciss. Noticias de la Unión Europea*, núm. 281 (2008), pp. 63-68.

RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia: *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia: *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*. Iustel, Madrid, 2005.

VV.AA: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, (coord. J. L. Requejo Pagés). Tribunal Constitucional, Madrid, 2001.

VV.AA: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Director-Coordinador: Juan José González Rivas), La Ley, Madrid, 2010.

VV.AA: *La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Francisco Balaguer Callejón, coordinador, Gregorio Cámara Villar y Luis Felipe Medina Rey), Tecnos, Madrid, 2008.

A) Aspecto de la fuerza vinculante de la sentencia contenida en la parte considerativa o motivadora del fallo constitucional, “ratio decidendi” del mismo:

Señala Nogueira Alcalá que *“La fuerza vinculante de una sentencia se refiere a la fuerza horizontal y vertical que despliega esencialmente la parte motiva o considerativa del fallo en que se establecen los principios y fundamentos inescindibles de la parte resolutive, donde se encuentra la “ratio decidendi” del fallo del Tribunal Constitucional”* (Nogueira Alcalá, 2006 pág. 104).

Asimismo, señala que: *“Una sentencia de un Tribunal Constitucional tiene un alcance más pleno cuando de ella se deriva, además de su carácter declarativo que permite eliminar el vicio constitucional en el caso específico, la fuerza vinculante que establece el deber de los demás órganos estatales de seguir, de buena fe, en casos idénticos o de la misma clase los principios determinados por el Tribunal Constitucional. Tales principios se encuentran en la parte considerativa o motiva del fallo constitucional, estableciendo la “ratio decidendi” del mismo, pasando a tener una fuerza jurídica similar a la norma jurídica interpretada”* (Nogueira Alcalá, 2006 pág. 104).

Tales criterios interpretativos contenidos en las sentencias constitucionales, generan doctrina legal o jurisprudencia. Juan Francisco Flores Juárez señala que: *“La jurisprudencia en nuestro país es producto de retirados y consecutivos pronunciamientos en un mismo sentido emitidos por la corte de Constitucionalidad, los cuales generan criterios legales sobre determinada materia o institución jurídica (...). El vehículo para construir la doctrina legal, que es la máxima abstracta contenida en los pronunciamientos, es precisamente, la sentencia que se emite. En la sentencia se distinguen tres partes: a) El fallo o pronunciamiento propiamente dicho, que es la resolución del conflicto jurídico que ha sido*

sometido a conocimiento; b) la argumentación o fundamentación jurídica en la cual se advierte la **ratio decidendi** que es la motivación que sustenta el pronunciamiento o fallo; c) los *obiter dicta*, que son argumentos accesorios que contribuyen al esclarecimiento del tema. La *ratio decidendi*, es a no dudarlo, el germen de la doctrina legal” (Flores Juárez, 2009 págs. 641-642).

En el caso de Guatemala, el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, establece que: “*Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos*”.

Así mismo, el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, relacionada, establece que: “*La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido*”.

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, establece: “*La Ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementa*”.

Tales precedentes imponen a los demás tribunales la obligación de resolver, de acuerdo al criterio sentado por el Tribunal Constitucional, y vinculan también al propio Tribunal Constitucional. No obstante, la ley de

la materia prevé que la Corte podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido. Asimismo, podrá ordenar su doctrina legal mediante la emisión de autos acordados, tanto por innovación como por apartarse de la jurisprudencia anterior.

Al respecto, Nogueira Alcalá refiere que: *“El juez constitucional junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quiere apartarse de los precedentes está obligado a desarrollar la fundamentación o argumentación de la posición incorrecta del precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado, de inseguridad jurídica o incertidumbre. En ese ámbito es necesario comentar que la dosis de flexibilidad antes señalada es razonable cuando estamos ante la jurisdicción constitucional, ya que el texto constitucional debe irse adaptando a una realidad dinámica y cambiante. La excesiva rigidización dificultaría grandemente la tarea del Tribunal Constitucional e incluso, podría poner en grave peligro la vida institucional de la sociedad política. Una rigidez absoluta de la jurisprudencia impediría al tribunal Constitucional superar aquellas decisiones anteriores que se consideran erróneas, situación que nunca puede excluirse. Ello significaría también admitir que una decisión equivocada del Tribunal Constitucional sustituiría de hecho una o más normas constitucionales”* (Nogueira Alcalá, 2006 págs. 109-110).

Análisis de casos

En el caso de Guatemala, con el reciente cambio de Magistrados Constitucionales llevado a cabo en abril del año en curso, la Corte de Constitucionalidad ha realizado una labor de revisión de algunos criterios jurisprudenciales, con el objeto de garantizar el principio de subsidiaridad del amparo y de evitar obstáculos que impidan el ejercicio de una justicia pronta y cumplida, pues en la práctica se ha pretendido utilizar el amparo como un medio, para retardar los procesos. Se citan algunos de ellos a continuación:

CASO No. 1

EXPEDIENTE: 5594-2015

SENTENCIA DE FECHA: 3 de agosto de 2016.

Tesis anterior

Contra los fallos de apelación especial no puede invocarse, en casación, los submotivos de forma previstos en los numerales 2) y 3) del artículo 440 del Código Procesal Penal, porque las Salas, al conocer este recurso, tienen prohibición expresa de hacer mérito de los fundamentos de convicción y no puede tener por demostradas cuestiones fácticas.

(Expedientes 2885-2015, 4643-2015 y 4099-2015)

Nueva tesis

Contra los fallos de apelación especial sí puede invocarse, en casación, los submotivos de forma previstos en los numerales 2) y 3) del artículo 440 del Código Procesal Penal.

Resumen del caso

1. En este caso, una persona condenada a prisión promovió apelación especial, la cual no fue acogida.

2. Promovió casación con base en el submotivo 2) del artículo 440 del CPP, que establece: «Si la sentencia no expresó de manera concluyente los hechos que el juzgador tuvo como probados y los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta», recurso que no se le admitió –Acto reclamado–. Reclamó que debió fijársele término para subsanar deficiencias.

Consideraciones del tribunal

El Tribunal, en su sentencia, analizó lo referente a la jurisprudencia vigente y luego abordó la necesidad de su innovación con sus justificaciones jurídicas y teóricas del caso, referente a la procedencia de casación con base en el 2º numeral del artículo 440.

Primer punto: En cuanto a las justificaciones jurídicas y teóricas del caso, referente a la procedencia de casación con base en el 2º numeral del artículo 440, la Corte consideró:

- a) El derecho de defensa regulado en el artículo 12 de la Constitución Política de la República y reconocido en Tratados y convenios internacionales, implica el ejercicio del derecho a impugnar las decisiones judiciales que crean han sido dictadas sin apego a derecho.
- b) Los dos supuestos inmersos en el submotivo relacionado no hacen alusión a valoración de prueba por parte de la Sala o a aplicación de las reglas de la sana crítica sobre prueba valorada en esta, sino a un

deber de motivación del fallo de apelación especial.

- c) El submotivo contenido en el numeral 2 del artículo 440 del CPP debe leerse así: «... Si la sentencia [**de la Sala**] no expresó de manera concluyente los hechos que el juzgador [**tribunal de sentencia**] no tuvo como probados y los fundamentos de la sana crítica que se tuvieron en cuenta...» lógica que es aplicable al numeral 3) del mismo artículo, en cuanto a que debe entenderse «...Cuando es manifiesta la contradicción entre dos o más hechos que se tienen por probados [**por el Tribunal de sentencia**] en la misma resolución [**de la Sala**]...».

Segundo punto: Se reafirmó la obligatoriedad de fijar término de tres días para superar omisiones en la casación, toda vez que conforme su jurisprudencia, el plazo de subsanación regulado en el artículo 399 del Código Procesal Penal es de aplicación obligatoria, en concordancia con los principios y valores consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala y la normativa de carácter internacional, por lo que se concluye en reiterarlo.

Caso No. 2

EXPEDIENTE: 69-2016

SENTENCIA DE FECHA: 16 de agosto de 2016.

Tesis anterior

Las sentencias anulativas dictadas por las Salas de la Corte de Apelaciones, al acoger recursos de apelación especial por motivo de forma, no cumplen con la característica de ser definitivas, al no ponerle fin al proceso penal, porque el efecto propio de esos fallos es la anulación de actuaciones, ordenando el reenvío para la corrección de los vicios formales

advertidos; de ahí que al hacer viable la continuación del proceso, esas sentencias carecen de la característica de “definitivas” (Expedientes 5167-2014, 1328-2015 y 4625-2014).

Nueva tesis

Contra toda resolución que resuelva de manera definitiva el recurso de apelación especial, cabe casación, indistintamente si esta lo acoge o no, por motivos de forma o de fondo. Si la persona acude al amparo sin agotar previamente el referido recurso extraordinario, incumple con el presupuesto procesal de definitividad, que hace inviable o desestimatorio su planteamiento.

Resumen del caso

Una persona fue condenada a pena de 29 años de prisión. El procesado interpuso recurso de apelación especial por motivos de forma y de fondo, recurso que fue acogido por la Sala en cuanto al submotivo de forma, por lo que anuló la decisión de *a quo* y ordenó el reenvío.

Consideraciones de la corte

Se analizó lo referente a la jurisprudencia vigente y luego, se abordó la necesidad de su innovación con sus justificaciones jurídicas y teóricas, para concluir con base en esta nueva jurisprudencia que contra la sentencia que se reclama en este caso, cabe casación. Además, la Corte consideró que una de las razones que motivó este nuevo análisis radica en que permitir que se acuda directamente al amparo contra sentencias de apelación especial que conocen cualquiera de los motivos, vulnera el principio de subsidiariedad del amparo, según el cual, este instrumento constitucional no es sustituto ni vía paralela a la jurisdicción ordinaria. “..

La interpretación sostenida en esta variación jurisprudencial hace viable la interposición del recurso de casación contra las sentencias de apelación especial que ordenan el reenvío del proceso, con lo cual se permite que el máximo tribunal de la materia en la jurisdicción ordinaria sea el que verifique si las Salas jurisdiccionales, al asumir esa decisión, incurrieron en alguna deficiencia (verbigracia, falta de motivación o violación al principio de intangibilidad de la prueba), lo que, a su vez, garantiza la seguridad y certeza jurídicas en el proceso, pues asegura que la ejecución del reenvío, que en determinados casos conlleva, incluso, la anulación y renovación del juicio, se efectúe hasta que tal decisión se encuentre firme y, en su caso, haya sido debidamente verificada por el tribunal de casación, cumpliendo así con la administración de justicia pronta, cumplida y eficiente que exige la sociedad actual, evitando el desgaste innecesario que eventualmente acontece en el sistema de justicia cuando, de acuerdo a la doctrina legal vigente, los tribunales constitucionales otorgan amparo dejando en suspenso las sentencias que ordenan el reenvío, debido a que en determinados casos ello ocurre cuando ya se ha materializado la renovación del trámite o, incluso, la celebración del nuevo juicio, provocando incertidumbre en el desarrollo de los procesos penales...?.

CASO No. 3

EXPEDIENTE 4780-2015

SENTENCIA DE FECHA: 10 de agosto de 2016

Tesis anterior

Contra las resoluciones del tribunal de sentencia, que desestiman la querrela aduciendo incumplimiento de requisitos de fondo, cabe apelación especial, por tener como efecto poner fin a la acción, imposibilitar que esta continúe o impedir su ejercicio. Si la desestimación de la querrela obedece

a que no se cumplieron requisitos de forma, ello no impide, imposibilita ni pone fin al ejercicio de la acción, porque el interesado, cumpliendo los requisitos previstos, puede nuevamente plantear la querrela. En este último evento no cabrá recurso de apelación especial sino reposición.

Nueva tesis

Procede el recurso de apelación especial contra toda resolución que impida el ejercicio de la acción penal. Con base en ello, la resolución que desestima una querrela es impugnabile mediante el citado recurso, independientemente de las razones (de forma o de fondo) que hubiere invocado el juzgador para decretar la desestimación.

Resumen del caso

La amparista planteó querrela por el delito de estafa mediante cheque, planteamiento que fue desestimado con el argumento de que no cumplió con los requisitos de los artículos 302 y 332 *Bis* del Código Procesal Penal. Contra esa decisión, se instó reposición cuya declaratoria sin lugar constituye el acto reclamado.

Consideraciones de la corte:

Se analizó lo referente a la jurisprudencia vigente en cuanto a la posibilidad de recurrir por medio de reposición o por apelación, la resolución que desestima una querrela, concluyendo en la necesidad de la innovación de esa jurisprudencia, para evitar esa dualidad de recursos contra una misma decisión, con sus justificaciones jurídicas y teóricas, concluyendo que no debe invalidarse la apelación especial para las decisiones que desestiman la querrela, aduciendo la existencia de posibles vicios formales, porque sí imposibilita su continuidad, de manera que este

sentencias carecen de la característica de “definitivas” (Expedientes 5167-2014, 1328-2015 y 4625-2014).

Nueva tesis

Contra toda resolución que resuelva el recurso de apelación especial, cabe casación, indistintamente de si el fallo de apelación acoge o no el recurso por motivos de forma o de fondo.

Si se acude al amparo sin agotar previamente casación, se incumple con el presupuesto procesal de definitividad, que hace inviable o desestimatorio su planteamiento.

Resumen del caso

- 1) En la audiencia de ofrecimiento de prueba, el procesado propuso determinados medios de comprobación (documentales), los cuales fueron rechazados (primer acto reclamado).
- 2) Contra la anterior decisión, interpuso recurso de reposición, el cual fue declarado sin lugar (segundo acto reclamado).

Consideraciones de la corte

*“Con base en la innovación jurisprudencial que se dispone en este fallo se asienta el criterio de que **resulta prematuro instar la vía del amparo contra decisiones dictadas en la etapa probatoria de un proceso penal, cualquiera que sea la decisión que en esa fase se asuma. La inviabilidad de la garantía constitucional deriva del hecho de que, las resoluciones sobre esa materia, deben ser cuestionadas, en un primer momento, por vía del recurso de reposición, que equivale a***

protesta de anulación formal que, a su vez, habilita el planteamiento del recurso de apelación especial, medio idóneo por el cual las Salas de la Corte de Apelaciones deben determinar, cuando se les denuncie mediante el submotivo correspondiente, si la decisión de la que se resintió agravio en la etapa probatoria, resultó o no relevante en la situación jurídica del sujeto procesal que adujo afectación”.

Excepción a la Regla de Definitividad:

“[...] Se exceptúan de esta regla de *definitividad* los casos en los que se aprecie que el rechazo de prueba produzca, notoriamente, gravámenes irreparables a derechos humanos fundamentales”.

B) Vinculación *inter partes*

En cuanto a la vinculación *inter partes* que generan las sentencias constitucionales, debe considerarse que la función jurisdiccional no se cierra simplemente con la emisión de la sentencia, sino con la realización de lo dispuesto en la misma. Para ello, la sentencia tiene que estar dotada de certeza y seguridad jurídica, pues toda sentencia judicial debe caracterizarse por su ejecutabilidad, es decir, la efectividad de lo decidido en aquella, como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo cual implica que todo sistema jurídico debe contemplar mecanismos que garanticen el cumplimiento de lo decidido por los jueces, pues de no ser así, las consideraciones establecidas en los fallos carecerían de fuerza vinculante.

Ello ha sido preservado por el Tribunal Constitucional, al considerar que: *“para un tribunal como la Corte de Constitucionalidad, es de interés superlativo que sus decisiones y resoluciones sean totalmente acatadas,*

para que éstas no se tomen en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna, y pueda con ello, evidenciarse la sujeción que los ciudadanos y los funcionarios públicos tienen al ordenamiento jurídico del país y a las decisiones que se adopten en la jurisdicción constitucional, no solo al juzgar sino al posibilitar la ejecución de lo juzgado". Expediente 4255-2009. Fallo del 25/2/2010.

En las acciones constitucionales de amparo –que tienen por objeto proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido– la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que la declaración de procedencia del amparo tendrá los siguientes efectos:

- a) Dejar en suspenso, en cuanto al reclamante, la ley, el reglamento, resolución o acto impugnados y, en su caso, el restablecimiento de la situación jurídica afectada o el cese de la medida;
- b) Fijar un término razonable para que cese la demora, si el caso fuere de mero retardo en resolver o practicar alguna diligencia o ejecutar algún acto ordenado de antemano.
- c) Cuando el amparo hubiese sido interpuesto por omisión de la autoridad en la emisión de la reglamentación de la ley, el Tribunal de Amparo resolverá fijando las bases o elementos de aplicación de esta al caso concreto, según los principios generales del derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.

Tales efectos vinculan a todos los sujetos procesales que intervienen en el proceso, incluyendo a la autoridad responsable de acatar el fallo.

En los planteamientos de inconstitucionalidad en caso concreto, que tienen como efecto la inaplicación de la norma al caso concreto, el fallo tiene efectos vinculantes respecto de la persona a quien se le brindó la tutela, como respecto de la autoridad responsable de acatar el fallo y consecuentemente, de no aplicar al caso concreto la norma impugnada.

Para las inconstitucionalidades de carácter general, que proceden en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, la ley prevé que una vez declarada la inconstitucionalidad total de una norma, esta queda sin vigencia, y si fuere parcial, queda sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos, el fallo constitucional produce efectos "erga omnes".

No obstante, los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales logran su determinación mediante los mecanismos de ejecución que la propia ley establece, y sin los cuales no se cumpliría con la finalidad de su función jurisdiccional constitucional, que es la tutela de los derechos fundamentales.

Ejecución de sentencias:

En Guatemala, el sistema de control de constitucionalidad es mixto, por lo que el conocimiento y resolución, tanto de las acciones constitucionales de amparo como el de las inconstitucionalidades en caso concreto, corresponde efectuarlo tanto a los tribunales ordinarios de justicia, quienes se constituyen en tribunales constitucionales, como a la propia Corte de Constitucionalidad que conoce en apelación o, en única instancia de estas acciones, la regulación procesal constitucional Guatemalteca. No obstante, está reservado únicamente al Tribunal Constitucional conocer de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general. En los dos

primeros casos, el fallo es relevante únicamente al caso concreto y frente a los sujetos de la relación procesal, y en cuanto al control de constitucionalidad de las normas de carácter general, el enjuiciamiento y declaratoria son de orden abstracto y el fallo tiene efectos frente a todos.

La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente y acuerdos reglamentarios del Tribunal Constitucional dictados conforme a su facultad reglamentaria en dicha materia, norman el procedimiento para la ejecución de las sentencias, según el órgano que por razón de competencia haya tramitado y conocido el amparo; de esa cuenta establece ante qué órgano debe acudir a solicitar la debida ejecución, y el procedimiento a seguir. Asimismo, determina también el Tribunal competente de ejecutar lo resuelto, en caso de ejecución de amparo provisional.

El artículo 44 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad establece que cuando se conceda el amparo provisional o se otorgue el amparo, en definitiva, será competente para ejecutar lo resuelto el tribunal de primer grado y deberá informar dentro de los cinco días siguientes a la ejecución del fallo, de requerírsele la Corte de Constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad será competente:

- a) Para ejecutar lo resuelto en forma provisional o definitiva en amparo en única instancia y para ejecutar las sentencias de inconstitucionalidad de ley de carácter general, en las que haya pronunciado efectos positivos que deban ser cumplidos.
- b) Para ejecutar lo concerniente al amparo provisional cuando, por apelación de la sentencia de primer grado, hayan sido elevados el expediente de amparo y sus antecedentes.

Para la debida ejecución de lo resuelto en amparo, el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, deberá tomar todas las medidas que conduzcan al cumplimiento de la sentencia.

De esa cuenta, quien solicite asistencia para la debida ejecución de un pronunciamiento en el ámbito de protección a derechos fundamentales, debe acudir ante el órgano específicamente determinado en la ley de la materia.

Aunado a lo anterior, la normativa procesal establece que, en caso que a criterio del titular de la potestad de ejecución, el tribunal competente no haya ejecutado debidamente lo ordenado, podrá acudir ante la Corte de Constitucionalidad en Ocurso en Queja, conforme el artículo 72 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Asimismo, el artículo 54 de la ley (ibídem) prevé que *“si el obligado no hubiere dado exacto cumplimiento a lo resuelto, de oficio se ordenará su encausamiento certificándose lo conducente sin perjuicio de dictase todas aquellas medias que conduzcan a la inmediata ejecución de la resolución de amparo. Si el obligado a cumplir lo resuelto en el amparo, gozare de antejuicio, se certificará lo conducente al organismo o tribunal que corresponda para que conozca del caso”*. Y el 78 del mismo cuerpo legal establece que: *“la desobediencia, retardo y oposición a una resolución dictada dentro del trámite de una garantía constitucional por parte de la autoridad obligada a su cumplimiento es causa legal de destitución...”*.

Congruente con lo anterior, el artículo 50 de la precitada ley establece que si la autoridad o entidad no resuelve dentro del término fijado por el tribunal de amparo:

- a) El interesado podrá recurrir a la autoridad administrativa inmediata

superior o, en su caso, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que emita resolución;

- b) Si no hubiere superior jerárquico o si, por la naturaleza del asunto no fuere posible la vía contencioso administrativa, el funcionario responsable quedará separado *ipso facto* del cargo al día siguiente de haberse vencido el término fijado por el tribunal de amparo, salvo que se trate de funcionarios de elección popular, en cuyo caso responderá por los daños y perjuicios que se causaren...”.

Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal que para el caso de desobediencia regula el artículo 32 de dicha norma.

Tal procedimiento es aplicable en el caso de que la autoridad que incurra en incumplimiento sea una autoridad del Poder Público, y si el funcionario no fuere designado por elección de algún cuerpo colegiado, quedará *ipso facto* destituido en los términos establecidos.

En el caso de los funcionarios designados por un cuerpo colegiado y cuando el amparo hubiere sido promovido contra actos de autoridad de una entidad privada de las que reconoce la ley, su situación se homologará a la de los funcionarios de elección popular, debiendo responder por los daños y perjuicios que se causaren.

En resolución de 25/2/2010, dictada dentro del expediente 4255-2009, la Corte, al concluir que existió incumplimiento y, por ende, desobediencia del Ministro de Educación a la orden emanada hacia dicha autoridad ministerial por parte de esta Corte, declaró la desobediencia emanada por un tribunal de amparo, ordenando su destitución por el incumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Constitucional.

En cuanto al cumplimiento de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, puede afirmarse que existe un alto grado de acatamiento de las mismas por parte de los órganos del Estado, siendo determinante, para ello: **a)** la naturaleza del carácter del Tribunal Constitucional, establecida en la propia Constitución Política de la República; **b)** los mecanismos de ejecución previstos en la ley de la materia; **c)** la credibilidad del Tribunal Constitucional; y **d)** la contundencia con la que el Tribunal ha abordado el tema de ejecución de los fallos.

Sin embargo, debe reconocerse que en algunos casos no se ha alcanzado el grado de efectividad esperado, ya sea por la falta de supervisión de cumplimiento ante la omisión de solicitud de debida ejecución por parte de los interesados, o porque la autoridad conminada a dar cumplimiento al fallo constitucional sí lo cumple, pero no lo ejecuta bien, y los interesados no reclaman de nueva cuenta la intervención de Tribunal. Cito algunos fallos a continuación:

ANÁLISIS DE CASOS

CASO No. 1

EJECUCIÓN DE OFICIO

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS TEMPORALES DE GOBIERNO

DECRETO GUBERNATIVO 1-93

EXPEDIENTE: 225-93

SENTENCIA DE FECHA: 25 DE MAYO DE 1993.

De oficio, la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el

Decreto Gubernativo 1-93, denominado "Normas Temporales de Gobierno", emitido por el Presidente de la República –en ese momento- por medio del cual interrumpió temporalmente normas constitucionales y de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley Electoral y de Partidos Políticos, así como dejó sin efecto la integración de la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, entre otros funcionarios, reservándose el derecho de nombrar a los nuevos magistrados de ambos altos tribunales y demás funcionarios.

Consideraciones de la Corte de Constitucionalidad:

"... Esta Corte ha declarado que conforme al artículo 267 de la Constitución, el control de constitucionalidad no se limita a la ley stricto sensu, como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República, sino que también comprende las disposiciones de carácter general que dicte el Organismo Ejecutivo, así como las demás reglas que emitan las instituciones públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones emitidas por el Poder Público que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental (sentencia del 24 de marzo de 1992). Para hacer efectiva esa garantía, la Constitución, en el artículo 268, otorga a esta Corte la función esencial de la defensa del orden constitucional. Cuando los actos del Poder Público se realizan fuera de la competencia prevista en la Constitución, es procedente poner en funcionamiento la actividad de la justicia constitucional a fin de asegurar el régimen de derecho. El artículo 272 inciso i) de la Constitución asigna a esta Corte la función de "actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la constitución" y la actividad principal de este tribunal es la defensa de la Constitución. (...) En el Decreto que contiene las "Normas Temporales de Gobierno", el Presidente de la República deja sin vigencia disposiciones contenidas en la Constitución Política, lo que constituye un acto contrario al régimen constitucional por cuanto que para

reformar, modificar o suprimir normas constitucionales la propia Constitución establece los mecanismos legales para hacerlo y, en todo caso, no corresponde esa función al Presidente, sino que es facultad exclusiva de una Asamblea Nacional Constituyente o, para determinada reforma, mediante la mayoría calificada del Congreso de la República y la subsiguiente ratificación mediante consulta popular. Conforme el artículo 152 de la Constitución, el ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la propia Constitución y ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio. (...) En lo relacionado con la supresión del Congreso de la República, cabe considerar que el artículo 157 de la Constitución establece que "La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República integrado por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal, por el sistema de lista nacional y distritos electorales", y conforme al artículo 162, los diputados durarán en sus funciones cinco años. En consecuencia, la decisión de suprimir al mencionado Organismo del Estado, es un acto contrario a la normatividad constitucional. De la misma manera, la Constitución Política regula en el Título IV, Capítulo IV, la organización y funcionamiento del Organismo Judicial y, entre las garantías de este Organismo figura su independencia funcional y la no remoción de los magistrados y jueces, salvo los casos establecidos en la ley. La Constitución determina la forma en que se designan los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y fija para el desempeño de sus atribuciones un período de seis años (artículos 203, 205 y 215 de la Constitución). La Constitución no atribuye al Presidente de la República la facultad de nombrar ni destituir jueces y magistrados, por lo que la decisión que se analiza es contraria a las disposiciones contenidas en las normas fundamentales que rigen la vida de la República. (...) Los actos realizados por el Presidente de la República antes referidos y los actos que de ellos se deriven, no solo se transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte

cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Consecuentemente, procede declara que los actos realizados por el Presidente de la República adolecen de nulidad ipso jure y, por lo tanto, carecen de toda validez jurídica, por lo que es imperativo para este Tribunal hacer la declaratoria correspondiente y dejar sin efecto aquellas disposiciones, reestableciendo así el orden jurídico quebrantado”.

DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA 225-93

Primer auto:

En el fallo relacionado, la Corte ordenó su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, el Diario de Centro América se negó a cumplir con tal orden, por lo que en auto de 31 de mayo de 1993, requirió a los Ministros de Gobernación y de la Defensa que prestaran el auxilio necesario, a efectos de que la sentencia dictada se publicara en el Diario Oficial y que dicho fallo fuera debidamente cumplido por el Organismo Ejecutivo. Lo anterior, en aplicación del artículo 51 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, referente al cumplimiento de sentencia de amparo.

Segundo auto:

En un segundo auto de ejecución, dictado el 4 de junio de 1993, la Corte de Constitucionalidad, ante la ausencia del presidente y la corresponsabilidad del vicepresidente en las acciones que intentaron romper el orden constitucional, ordenó que el Organismo Ejecutivo debía estructurarse y funcionar de conformidad con lo previsto en la Constitución Política de la República; ante la falta absoluta de presidente y vicepresidente de la República, el Congreso de la República debía proceder:

- a) a designar a la persona que desempeñaría el cargo de presidente de la República. Para el efecto, se fijó el plazo de 24 horas, a fin de que dicho Organismo cumpliera con esta resolución;
- b) en su oportunidad, designara al vicepresidente de la República,

conforme lo que dispone la Constitución Política; las personas que se designasen como presidente y vicepresidente ejercerían los cargos hasta completar el período constitucional.

CASO No. 2.

APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

CASO TRANSMETRO, PERSONAS CON DISCAPACIDAD

EXPEDIENTE: 2863-2006

SENTENCIA DE FECHA: 25 DE ABRIL DE 2007

PROMOVIDA POR: Asociación para el Desarrollo del Deporte de Personas con Discapacidad Vida, Asociación Guatemalteca de Apoyo al Limitado Físico, Asociación Esperanza en Movimiento, Asociación Organización de Desarrollo Integral para la Mujer con Discapacidad y Bajos Recursos Económicos, Asociación Colectivo Vida Independiente de Guatemala ONG, Asociación Guatemalteca de Espina Bífida, Asociación Guatemalteca de Esclerosis Múltiple, Asociación Coordinadora de Organizaciones de Personas con Discapacidad de Guatemala ONG, Asociación Guatemalteca de Personas con Discapacidad contra la Corporación Municipal de Guatemala.

ACTO RECLAMADO:

- a) La inexistencia de infraestructura en las paradas de autobuses que permita a las personas discapacitadas abordar los autobuses y las unidades móviles que prestan el servicio urbano;
- b) Violación de las reglas universales de accesibilidad en las unidades móviles que prestan el servicio urbano;
- c) La falta de normas reglamentarias que regulen el servicio público de transporte urbano; y,

- d) La amenaza cierta y determinada de que tanto las estaciones e instalaciones como los vehículos que se utilizarán en el Proyecto Transmetro, violen, limiten y restrinjan el derecho a las personas con discapacidad al uso de dicho medio de transporte público.

Consideraciones de la Corte de Constitucionalidad:

La Corte advirtió que la omisión denunciada vulneraba normas tanto constitucionales como del derecho internacional, y de los derechos humanos como de los convenios internacionales, por lo que confirmó el otorgamiento del amparo provisional, ordenando que: *“a) en las nuevas construcciones, remodelaciones, ampliaciones de las aceras y paradas de autobuses deberán adoptarse medidas que tomen en consideración el acceso de las personas con discapacidad; b) en la adquisición de nuevas unidades de transporte colectivo por parte de la Municipalidad capitalina, deberán considerarse las que posean elementos especiales para las personas descritas en la literal anterior, tales como puerta ancha que permita ingreso de por lo menos una silla de ruedas; así como la existencia de espacios reservados para la ubicación de las mismas -deberá existir congruencia entre lo descrito en las dos literales que preceden para permitir su pleno y adecuado aprovechamiento-; c) en las nuevas unidades de transporte y en las ya existentes deberán señalarse espacios reservados para personas con discapacidad, de la tercera edad, mujeres embarazadas o personas con capacidades especiales; d) en cuanto a las concesiones que se autoricen para la prestación del servicio de transporte colectivo, se dará preferencia a los propietarios de unidades que posean alguna o varias de las características descritas con anterioridad, que permitan facilidades especiales para personas con discapacidad, capacidades especiales, tercera edad, personas que por sus características particulares en un momento determinado, requieran un trato especial y otras; e) la adopción de todas aquellas medidas que a juicio de la Municipalidad contribuyan con alcanzar*

los objetivos señalados en las literales anteriores; **f)** revisar el Reglamento para la Prestación del Servicio Público de Transporte Colectivo Urbano, de manera que se establezcan especificaciones técnicas con las cuales deberá cumplir toda construcción de infraestructura relacionada con el transporte público urbano, incluyendo además, los requisitos con los cuales deberán cumplir las unidades de transporte colectivo que presten dicho servicio, atendiendo las necesidades de las personas con capacidad especial, que garantizara su acceso adecuado, de acuerdo a lo considerado en esta sentencia. **B)** La autoridad impugnada deberá iniciar con las medidas indicadas en la presente sentencia de manera inmediata, y deberá realizar las reformas reglamentarias a más tardar en el término de seis meses. **C)** la Municipalidad capitalina deberá revisar las obras concluidas del proyecto Transmetro, verificando que las mismas cumplan con lo indicado en este fallo y en caso de no serlo, se introduzcan las modificaciones necesarias para alcanzar los objetivos descritos con anterioridad, iniciando dichas acciones de revisión, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que este fallo quede firme. En cuanto a las nuevas construcciones, remodelaciones y ampliaciones deberá observar lo dispuesto en este fallo en la medida que las mismas se realicen...”.

EJECUCIÓN: NO SE SOLICITÓ LA DEBIDA EJECUCIÓN.

Bibliografía

Congreso de la República de Guatemala. 2012. *Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89.* Guatemala: Magna Terra editores S.A., 2012. ISBN 99922-69-24-3.

Constituyente, Asamblea Nacional. 2015. *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto Número 1-86.* [ed.] adscrito a la Corte de Constitucionalidad Instituto de Justicia Constitucional. Guatemala: Serviprensa, 2015.

Corte de Constitucionalidad. 2016. 5594-2015, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 3 de agosto de 2016.

—. **2016.** 69-2016, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 16 de agosto de 2016.

—. **2016.** 4780-2015, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 10 de agosto de 2016.

—. **2016.** 2175-2016, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 31 de agosto de 2016.

—. **1993.** 225-93, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 25 de mayo de 1993.

—. **2007.** 2863-2006, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 25 de abril de 2007.

Flores Juárez, Juan Francisco. 2009. Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos. *Constitución y Justicia Constitucional / Apuntamientos.* Segunda. Guatemala: Talleres gráficos de IMPRESOS, 2009, 9, pág. 745.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2010. *El Derecho Procesal Constitucional a inicios del Siglo XXI en América Latina.* [ed.] UNAM Instituto de investigaciones jurídicas. Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, 2010. ISBN 978-958-710-607-7.

— **2006.** La Sentencia Constitucional en Chile: Aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante. Santiago, Chile: Universidad de Talca, 2006. Vol. 4, 1, págs. 97-124. ISSN 0718-0195.

problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, núm. 10, 2007.

Útiles me han sido la información y criterios intercambiados con diversos colegas, entre los que menciono a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Hermógenes Acosta de los Santos, Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos, Francisco Morales Saravia, Pablo L. Manili, Alan E. Vargas Lima, Luis Castillo Córdova y Edward Alexander Dyer Cruzado. *Last, but not least*, Robert S. Barker, por las valiosas orientaciones que me dio en referencia al precedente en el mundo sajón.