



III CONGRESO INTERNACIONAL

SOBRE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

*Caracter vinculante del precedente
constitucional*

TERCER CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE
DERECHO Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

“CARÁCTER VINCULANTE DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL”



TERCER CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE
DERECHO Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

“CARÁCTER VINCULANTE DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL”

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
REPÚBLICA DOMINICANA
2022



III CONGRESO
INTERNACIONAL
SOBRE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
CARÁCTER VICULANTE DEL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL





*III CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
CARÁCTER VINCULANTE DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL*

Primera edición: Diciembre, 2022

Esta es una publicación de:



**Tribunal Constitucional de la República Dominicana
Centro de Estudios Constitucionales**

Avenida 27 de Febrero esquina Avenida Gregorio Luperón,
Plaza de la Bandera y del Soldado Desconocido,
Santo Domingo Oeste, República Dominicana,
Teléfonos: 809-274-4445 y 809-274-4446
www.tc.gob.do

Coordinador Magistrado Hermógenes Acosta de los Santos

Cuidado de la edición: Katherine Estévez

Diagramación: Yissel Casado

Diseño de portada: Enrique Read

Corrección de estilo: Eduardo Díaz Guerra

Impresión: Comprisa

ISBN: 978-9945-610-43-7 (digital)

ISBN: 978-9945-610-62-8 (impreso)

Impreso en República Dominicana
Todos los derechos reservados

Las opiniones expresadas en esta publicación son las de los autores y no representan necesariamente las del Tribunal Constitucional y sus magistrados.

CONTENIDO

- 13** **Palabras de presentación del**
Magistrado presidente Milton Ray Guevara

**PRIMERA JORNADA:
12 DE OCTUBRE DE 2016**

- 19** **Palabras de bienvenida**
Lic. David Collado
- 21** **Discurso de apertura**
Magistrado Milton Ray Guevara
República Dominicana
- 29** **Conferencia inaugural: Los precedentes
constitucionales y creación judicial**
Dr. Domingo García Belaunde
Perú
- 61** **Autonomía procesal del Tribunal Constitucional (Panel)**
Mag. Miguelina Ureña Núñez
Lic. Alberto E. Fiallo-Billini
Lic. Juan Fernando Durán Alba
España



131 Motivación de la sentencia y fuerza vinculante del precedente: Implicaciones

Magistrada Leyda Margarita Piña Medrano
República Dominicana

163 Determinación de los aspectos vinculantes de la sentencia (Panel)

Mag. Katia Miguelina Jiménez Martínez,
Lic. Marvin Carvajal Pérez
Mag. Gloria Porras Escobal
Guatemala

SEGUNDA JORNADA:
13 DE OCTUBRE DE 2016

223 La vinculación al propio precedente

Dra. Marina Gascón Abellán
España

249 La fuerza vinculante de las sentencias de revisión de amparo y de las sentencias jurisdiccionales

Dr. Cristóbal Rodríguez Gómez
República Dominicana

261 El carácter vinculante de la sentencia constitucional e independencia judicial (Panel)

Mag. Hernán Antonio de León Batista
Mag. Bernabel Moricete
República Dominicana

311 Efecto futuro del cambio del precedente (Panel)

Lic. Nassef Perdomo
Mag. Rafael Díaz Filpo
República Dominicana

- 353** **Carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos respecto de los tribunales nacionales**
Dr. Diego López Garrido
 España

**TERCERA JORNADA:
 14 DE OCTUBRE DE 2016**

- 375** **El precedente Constitucional en Colombia**
Dr. Hernán Alejandro Olano
 Colombia
- 419** **Las sentencias interpretativas y concepción kelseniana del Tribunal Constitucional**
Dr. Eduardo Jorge Prats
 República Dominicana
- 433** **Vigencia de la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional (*Panel*)**
Magistrado Jottin Cury David
 República Dominicana
- 441** **La modulación de los efectos de la sentencia**
Dr. Boris Barrios González
 Panamá
- 475** **La relación del Tribunal Constitucional con los demás poderes del Estado**
Dr. Krystian Complak
 Polonia
- 499** **Relatoría del Congreso**
Mag. Hermógenes Acosta de los Santos
 República Dominicana
- 525** **Discurso de clausura**
Magistrado Milton Ray Guevara
 República Dominicana

PALABRAS DE PRESENTACIÓN

El profesor francés Dominique Rousseau, en una célebre frase lapidaria con la que inicia su obra “La Justicia Constitucional en Europa”, señala con toda propiedad: *“El siglo XIX fue el siglo de los Parlamentos; el siglo XX, el de la justicia constitucional”* “Esta lucida frase, ilustra de manera palpable cómo ha evolucionado el modelo de control de constitucionalidad y sobre todo, el rol del juez en todo este movimiento de redención de la Constitución. El juez dejó de ser un simple “autómata del derecho” o “boca de la ley”, -como lo consideraba el barón de Montesquieu-, para transformarse en la figura más relevante del mundo del Derecho hoy en día.

En República Dominicana hasta el año 2010, los jueces jugaban un rol activo o pasivo en sus respectivos procesos judiciales atendiendo a la materia del derecho de que se trataba, y la Constitución no los dotaba de las herramientas ideológicas y procesales necesarias para producir la transformación del rol del juez que ameritaba la época. Después de proclamarse la Constitución del 26 de enero del 2010, se dio un paso significativo al constitucionalizarse prácticamente todas las áreas del derecho y al consagrarse una jurisdicción constitucional responsable de garantizar en todos los procesos judiciales la supremacía de la Constitución y la efectividad de los derechos fundamentales.

Una de esas nuevas herramientas para garantizar que las decisiones del Tribunal Constitucional resulten efectivas y vinculantes para todos los poderes públicos y personas, es la técnica del precedente, figura sin duda novedosa para nuestra tradición jurídica pero que resulta de gran utilidad a los fines de preservar la supremacía, eficacia e integridad de la Constitución. Por tal razón, el Tribunal Constitucional decidió estudiar esta relevante figura de nuestro sistema de justicia constitucional, en el Tercer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional



celebrado en el año 2016 y con la presencia de notables juristas nacionales y extranjeros.

Desde el año 2013, el Tribunal Constitucional viene celebrando Congresos Internacionales sobre Derecho y Justicia Constitucional. En su primera edición el referido evento se centró en el “Tribunal Constitucional en la Democracia Contemporánea” aprovechando la reciente integración de este Tribunal en el país y como forma de ir familiarizando a la comunidad jurídica sobre la importancia de esta jurisdicción especializada. Aquel Congreso contó con ponencias de distinguidos juristas nacionales e internacionales como el ilustre abogado constitucionalista dominicano, Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez; la Mag. María Victoria Calle, Jueza Miembro de la Corte Constitucional de Colombia; el Dr. Ernesto Jinesta Lobo, Magistrado Presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica; entre otros.

Asimismo, en su segunda edición celebrada en 2014, el Congreso versó sobre “Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el estado social y democrático de derecho”. El Congreso contó con la participación de juristas de gran renombre en la comunidad jurídica dominicana e internacional dentro de los cuales podemos destacar el Lic. Miguel Valera Montero, hoy juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; el Dr. Silvio Gambino, profesor de derecho constitucional y comparado de la Universidad de Calabria, Italia; el Dr. Diego López Garrido, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Castilla La Mancha, España; el Lic. Eduardo Jorge Prats, destacado jurista experto en derecho constitucional en la República Dominicana; entre otros.

En esta ocasión les presentamos a la comunidad jurídica las ponencias de los expertos que nos honraron con su participación en el III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, el cual versó – como ya he señalado– sobre el tema “Carácter Vinculante del Precedente Constitucional” y fue celebrado en el país, del 12 al 14 octubre de 2016. El Tribunal Constitucional procuró mantener la calidad y la altura de sus acostumbradas actividades, razón por la cual contó con la ponencia de numerosos juristas de renombre de distintas partes del mundo.

En relación a los expositores internacionales, destacamos las ponencias del Dr. Domingo García Belaunde, abogado y profesor experto en derecho constitucional en Perú; el Dr. Diego López Garrido, abogado español experto en derecho constitucional y ex Secretario de Estado para la Unión

Europea de España; el Dr. Hernán Alejandro Olano, experto constitucionalista colombiano; etc. En lo referente a los expositores dominicanos, destacamos la ponencia de los jueces de este Tribunal, específicamente los magistrados Hermógenes Acosta, Leyda Piña y Rafael Díaz Filpo; asimismo, participaron distintos jueces del Poder Judicial, como la Mag. Miguelina Ureña Núñez, el Mag. Hernán Antonio de León Batista y el Mag. Bernabel Moricete y, finalmente, abogados dominicanos con prestancia académica como el Lic. Nassef Perdomo y Lic. Alberto Fiallo-Billini.

El Tercer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional “Carácter Vinculante del Precedente Constitucional”, dividido en tres (3) jornadas, cada una de un día completo, exploró las diferentes aristas y ópticas del concepto, historia y ámbito de vinculatoriedad del “precedente constitucional”. Destacados panelistas exploraron las diferentes teorías que explican en qué medida y extensión se debe considerar un precedente como vinculante, llegando a desarrollar, por ejemplo, la teoría del autoprecedente, el precedente horizontal y el precedente vertical. De igual manera, se analizó a fondo el origen de la doctrina del precedente o del *stare decisis non quia movere*. Los participantes tuvieron la gran oportunidad de poder analizar esta doctrina en relación a diferentes sistemas de derecho, el derecho anglosajón, así como su extrapolación y adaptación al derecho constitucional dominicano.

Una de las grandes cuestiones estudiadas a lo largo de este III Congreso fue, por igual, las ventajas y desventajas que presenta la doctrina del precedente, tanto para el desarrollo del orden constitucional y el ordenamiento jurídico en general, así como también para los propios accionantes en justicia que buscan ampararse en un precedente con miras a tutelar y proteger sus derechos fundamentales y/o garantías consagradas en la Carta Magna. Sin lugar a dudas, la respuesta a la pregunta *¿cuál es el precedente en una sentencia?* ha sido durante años una cuestión complicada para los litigantes pues alrededor de esta interrogante se han desarrollado numerosas teorías y doctrinas jurídicas. Empero, este prestigioso Congreso brindó un espacio de discusión y de exposición de ideas, el cual facilitó a sus participantes la comprensión y el entendimiento de este debate jurídico de larga data. Así pues, se desarrolló y se discutió a fondo la diferencia de la *obiter dictum*, así como la *ratio decidendi* de la sentencia constitucional con el objetivo de poder diferenciar qué constituye verdaderamente el precedente constitucional.



En esta obra, presentamos una recopilación corregida, revisada y adaptada de las ponencias de nuestros distinguidos expositores juntamente con sus referencias bibliográficas para la utilidad y la comodidad de todos sus lectores. Cumpliendo con nuestro mandato legal y constitucional de promover la cultura y la concientización del derecho constitucional, ponemos en circulación una obra que dejará a la disposición de todos los interesados el contenido íntegro de lo que se discutió en el Tercer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional Carácter Vinculante del Precedente Constitucional”.

Un mejor manejo y comprensión de la figura del precedente constitucional, permitirá a los actores del sistema de justicia constitucional y a la comunidad jurídica en sentido general, favorece un clima de cultura constitucional que garantiza la supremacía de la Constitución. Esa Norma Suprema que desde el momento en que la estudiamos y conocemos mejor deja de ser “*la*” Constitución, para transformarse en “*nuestra*” Constitución; porque consideramos como “*nuestro*”, todo aquello que asumimos como parte de nuestra cultura. La Constitución se hace norma efectiva cuando palpita y vibra en cada dominicano, porque de algún modo todos nosotros somos un fragmento viviente de la Constitución.

MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional



PRIMERA
JORNADA

12 DE OCTUBRE DE 2016

PALABRAS DE BIENVENIDA

En nombre de la ciudad de Santo Domingo, primada de América, como alcalde le damos la más calurosa bienvenida a los reconocidos juristas constitucionales y magistrados que nos honran con su visita a nuestra tierra, para discutir sobre interesantes temas de derecho y justicia constitucional.

Nuestra Carta Magna, legado que nos dejaron los fundadores de la patria, ha sido modificada en el tiempo, pero no fue hasta hace relativamente poco que empezó formalmente a ser interpretada, primero por la Suprema Corte de Justicia y, luego de la creación del Tribunal Constitucional, por la Constitución del 26 de enero del año 2010, por esta alta corte, que ya ha sentado importantes precedentes en materia constitucional en nuestro país.

La misión, tan difícil, importante y delicada que tienen a cargo los magistrados constitucionales es la de interpretar, con total respeto a la Constitución que deben salvaguardar, si una ley, norma o acto administrativo es conforme al mandato constitucional, y erigirse así en eficaces controladores de los actos de la administración.

Al mismo tiempo, constituye una prueba del estado de desarrollo de la democracia, en cada país, el nivel de independencia de acción de sus cortes constitucionales y el respeto por todos los funcionarios y ciudadanos de los fallos dictados por estas cortes, ejerciendo el control constitucional.

La justicia constitucional en Europa, Estados Unidos y muchos países en América Latina, dignamente representados en este congreso, sin lugar a dudas constituye un referente para nuestra corta historia de justicia constitucional, por lo que saludamos la celebración de eventos como este, que poco a poco irán forjando una cultura constitucional en la República Dominicana, que ayudará al fortalecimiento de nuestras instituciones en la medida en que los propios ciudadanos nos convirtamos en guardianes del cumplimiento de la Constitución y las leyes.



Pero para lograr este noble propósito, estamos convencidos de que debemos acercar los conceptos de Constitución y Justicia a los ciudadanos; que entiendan que esto no es un asunto que solo compete a abogados y políticos. Se trata de la Carta Fundamental de la nación, que somos todos y, por lo tanto, es del interés de todos.

La difusión de las sentencias constitucionales, tanto en el orden nacional como internacional, contribuyen significativamente a este acercamiento.

Probablemente muchos recordarán, sean abogados o no, cuando un Tribunal Constitucional de algún país del mundo crea un precedente sobre derechos individuales, o en asuntos tan complejos como la declaración de soberanía de regiones dentro de un país.

Recordemos todos, en este día, la famosa frase del que fuera gobernador de New York, el magistrado de la Suprema Corte de Justicia, Charles Evans: “Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es la que los jueces dicen que es, y por el poder judicial, es la salvaguarda de nuestra libertad y de nuestra propiedad bajo la Constitución”.

Confiamos en que la celebración de este evento contribuirá al desarrollo de nuestra justicia y cultura constitucional, así como formar cada vez mejores magistrados, que nos garanticen vivir el más riguroso respeto a nuestra Constitución y a todos los derechos que la misma consigna para todos los ciudadanos.

La ciudad de Santo Domingo se regocija con la celebración de este congreso, el cual, estamos seguros, dejará frutos muy positivos.

Les reiteramos nuestra más cordial bienvenida y esperamos que ustedes disfruten de la ciudad de Santo Domingo con la misma alegría, con el mismo entusiasmo que esta ciudad los recibe en la mañana de hoy.

¡Muchísimas gracias!

LIC. DAVID COLLADO
Alcalde del Distrito Nacional.

DISCURSO DE APERTURA

Muy buenos días a todas y todos.

Excelentísimo señor Danilo Medina Sánchez, presidente constitucional de la República Dominicana;

Doctor Mariano Germán Mejía, presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo del Poder Judicial y a través suyo, nuestro saludo a todos los magistrados de la Suprema Corte de Justicia;

Magistrado Mariano Rodríguez Rijo, presidente del Tribunal Superior Electoral y a través suyo, nuestro saludo a todos los integrantes de esa alta corte;

Doctor Roberto Rosario, presidente de la Junta Central Electoral; saludos para todos los integrantes de la Junta;

Licenciado David Collado, alcalde del Distrito Nacional;

Ingeniero Miguel Vargas, ministro de Relaciones Exteriores;

Magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, coordinador de la Comisión Organizadora del Congreso;

Doctor Domingo García Belaúnde, distinguido conferencista invitado;

Miembros del Cuerpo Diplomático y Consular acreditado en el país;

Representantes de organismos internacionales;

Legisladores;

Magistrados del Tribunal Constitucional;

Invitados internacionales;

Amigas y amigos todos:

Permítanme destacar la presencia de doña Melba Segura de Grullón, presidenta de la Fundación Sur Futuro.

Hoy, Día de la fiesta nacional de España, estamos reunidos en este escenario académico para celebrar el III Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, que en esta ocasión versará sobre el *carácter vinculante del precedente constitucional*. Se trata



de una iniciativa del Tribunal Constitucional, conforme al mandato que le asigna su normativa. En efecto, el artículo 35 de nuestra Ley 137-11 Orgánica y de los Procedimientos Constitucionales nos convoca a apoyarnos en las universidades, centros técnicos y académicos de investigación en la persecución de nuestros objetivos, pero sobre todo, a “promover iniciativas de estudio relativas al derecho constitucional y a los derechos fundamentales”.

El legislador dominicano fue sabio al establecer esa previsión, en razón de la deuda constitucional que el país ha contraído como consecuencia del imperio de una cultura institucional desligada del respeto a la Constitución.

El derecho constitucional es el derecho de la democracia. Madison señalaba que, cito: “la Constitución es un instrumento esencial para el buen gobierno”.

La democracia dominicana es una democracia adulta, consolidada, pero perfectible; y cada día más es necesario sustentarla en las normas, valores y principios constitucionales.

El mandato legal antes señalado nos ha obligado a concertar numerosos y provechosos acuerdos con universidades, cortes, tribunales y salas constitucionales; entidades públicas y privadas; colegios profesionales, y organismos internacionales. Permítanme mencionar, entre otros, los convenios con las universidades Autónoma de Santo Domingo (UASD), Católica Tecnológica del Cibao (UCATECI), Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Católica de Santo Domingo (UCSD).

Entre las instituciones públicas o privadas que tienen acuerdos con el TC, están la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), la Asociación Dominicana de Rectores de Universidades (ADRU), Instituto Duarte, Consejo Dominicano de la Unidad Evangélica (CODUE), Policía Nacional, Ministerio de Educación, Ministerio de Defensa, Instituto Tecnológico de Las Américas (ITLA), Academia Dominicana de la Lengua y Centro de Capacitación en Política y Gestión Fiscal (CAPGEFI).

De igual manera, en el ámbito internacional hemos suscrito instrumentos de cooperación con las Cortes Constitucionales de Colombia y Ecuador; con los Tribunales Constitucionales del Perú, España, Marruecos y Plurinacional de Bolivia, y la Sala Constitucional de Costa Rica. Asimismo, con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

(USAID) y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), entre otros.

El Tribunal Constitucional ha transitado, con determinación y perseverancia, el sendero de la formación constitucional para todos. En ese orden, hemos realizado 20 presentaciones de los Jueces del Pleno del Tribunal Constitucional en 20 de las provincias del país; 22 conversatorios y 4 diplomados para periodistas; 4 diplomados para abogados; 2 capacitaciones para miembros de la Policía Nacional; 3 participaciones en la Feria Internacional del Libro; 22 obras publicadas con varios volúmenes; charlas de sensibilización y capacitación sobre los símbolos patrios y su uso adecuado; 60 talleres de sensibilización sobre la Constitución; 28 ediciones del periódico “La Voz del Tribunal Constitucional”, con una tirada de 30,000 ejemplares mensuales, y contamos con un programa de televisión semanal, de alcance nacional e internacional.

En el ámbito de la enseñanza constitucional queremos saludar, y yo voy a pedir, después que yo mencione la persona, que le demos un caluroso aplauso; repito, en el ámbito de la enseñanza constitucional queremos saludar efusivamente las instrucciones que el excelentísimo señor presidente de la República, licenciado Danilo Medina Sánchez, impartió al señor ministro de Educación, Andrés Navarro, “para que se aplique en el menor plazo posible el precepto de la enseñanza de la Constitución en las aulas”. Gracias, señor presidente, porque solo así será posible cumplir progresivamente con el mandato del artículo 63, numeral 13 constitucional, que hace obligatoria, en todas las instituciones de educación pública y privada, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica. Gracias, señor presidente.

Debemos destacar que, como una muestra de confianza en nuestro joven tribunal, hemos sido anfitriones de tres cónclaves internacionales, la “XXII Jornadas de Derecho Constitucional”: “Legitimación de los órganos de la justicia constitucional en el siglo XXI”, junto al Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya en noviembre 2015, con la participación de juristas provenientes de Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Panamá y Puerto Rico.

En marzo 2015 fuimos sede del *II Encuentro Iberoamericano de Justicia Constitucional con Perspectiva de Género* **con el tema tan palpitante y tan lacerante: “Violencia contra la mujer”**. A este cónclave asistieron



magistradas y magistrados de salas, cortes y tribunales constitucionales de Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, así como de la Procuraduría General de la Nación de Colombia.

En la *X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, en marzo 2014, participaron representantes de 19 países iberoamericanos y de varios organismos internacionales, con el tema central la “*Normatividad y Supremacía Jurídica de la Constitución*”. Resaltó la presencia de 12 presidentes y 22 jueces de los Tribunales y Cortes de Bolivia, Chile, España, Marruecos, Colombia, Costa Rica, Perú, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Portugal, Uruguay, Venezuela y Puerto Rico. Fue un inmenso honor para el Tribunal Constitucional dominicano, con apenas cinco meses de existencia, que se le confiriera en Cádiz, el 18 de mayo de 2012, la referida sede, en ocasión de la conmemoración del bicentenario de la Constitución liberal de Cádiz de 1812, en la que hubo representante de la República Dominicana.

Apreciados colegas, debemos recordar que el I Congreso versó sobre “Tribunal Constitucional en la democracia contemporánea”. Todos los que participamos en él tuvimos el privilegio de escuchar a don Carlos Gaviria Díaz, gran jurista y magistrado constitucionalista de Colombia, lamentablemente fallecido en 2015, expresar firmemente, cito: “*Mientras no exista igualdad como un fundamento social, no es posible que las personas sean libres*”. El II Congreso abordó, en noviembre 2014, “*Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*”.

Por su parte, este III Congreso que congrega, igualmente, a destacados magistrados y juristas internacionales y nacionales, preocupados por la promoción de la cultura constitucional y el Estado social y democrático de derecho, eligió como tema “*El carácter vinculante del precedente constitucional*”, que corresponde a la médula de la jurisdicción constitucional dominicana, y tiene un impacto académico y práctico de innegable relevancia.

En efecto, una de las características esenciales que definen la naturaleza del Tribunal Constitucional dominicano es el efecto vinculante de sus decisiones. La particularidad de la jurisdicción constitucional está no solo en las disposiciones que debe aplicar, la Ley Fundamental del Estado, sino también en el efecto que adquieren sus decisiones en el ordenamiento jurídico.

Antes de establecerse el Tribunal Constitucional, el derecho común, al amparo del artículo quinto del Código Civil –*que prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria, las causas sujetas a su decisión*– rechazaba la posibilidad de reconocer fuerza vinculatoria *erga omnes* a la jurisprudencia. Las decisiones de casación solo tenían una fuerza jurídica persuasiva. Los jueces, por tanto, podían apartarse con más o menos libertad de los criterios asentados por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación.

En el país no hubo intentos para crear un sistema de reglas vinculantes a partir de la jurisprudencia constante, como en otros sistemas de la región, sino hasta la adopción del Código Procesal Penal en 2002, que tímidamente empezó a considerar como criterio de casación el apartarse de la jurisprudencia. Aun así, la vinculatoriedad de estas decisiones no es equiparable en fuerza y rigor a la que le atribuyó la Constitución de 2010 al Tribunal Constitucional, al disponer, en el artículo 184, que *sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos y los órganos del Estado*.

Las decisiones del Tribunal Constitucional generan gran certeza en el ordenamiento jurídico, ya que no se limitan a la unificación de criterios jurídicos para persuadir a los jueces y al resto de los actores que intervienen en los negocios jurídicos, sino que gozan de fuerza imperativa como normas jurídicas, asegurando así una mayor y mejor predictibilidad del derecho, replanteándose el papel de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho.

El Tribunal Constitucional ha sostenido, en las Sentencias TC/0084/13 y TC/0319/15, de fechas 4 de junio de 2013 y 30 de septiembre de 2015, respectivamente, que, cito: “*conforme a las disposiciones del artículo 184 de la Constitución dominicana, las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado; es decir, que las decisiones de este Tribunal se traducen en verdaderas normas jurídicas que hacen parte del derecho positivo en nuestro ordenamiento jurídico y fuente directa del derecho con carácter vinculante para todos los poderes públicos*”.

Es importante agregar que el carácter vinculante de los precedentes constitucionales, en palabras de Gimeno Sendra, genera “unos peculiares efectos prejudiciales” que limitan positivamente los poderes normativos de los otros órganos estatales, obligándolos “(so pena que, en un futuro in-



mediato, se vean conminados con una declaración de inconstitucionalidad) a efectuar las pertinentes reformas legislativas que cohonesten la legalidad ordinaria con la doctrina constitucional”.

La fuerza expansiva de los precedentes vinculantes garantiza la seguridad jurídica, pues cuando el Tribunal Constitucional ha establecido un principio de derecho como aplicable a una situación de hecho, se mantendrá en esa posición y la extenderá a todos los casos futuros, cuando los hechos sean sustancialmente los mismos. El precedente se expande al resto de los poderes y órganos del Estado que han de aplicarlo como regla de derecho positivo.

El carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional permite afirmar que estas vienen a constituir lo que el profesor francés Dominique Rousseau ha denominado una carta jurisprudencial de derechos y libertades.

El efecto vinculante de los precedentes del TC refuerza la importancia de su función pedagógica, y al Tribunal Constitucional corresponde orientar a los poderes públicos y los órganos del Estado al destino seguro del Estado social y democrático de derecho que anuncia la Constitución.

Los precedentes direccionan la aplicación de la Constitución y sirven de motor de inspiración a los criterios que habrán de sustentar al Poder Judicial y el Tribunal Superior Electoral, integrantes del poder jurisdiccional, para la tutela de derechos fundamentales y también para aquellos órganos estatales que conocen de procesos en fase administrativa. Esto permite a los justiciables un grado razonable de predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales o administrativas, en la medida en que tienen previo conocimiento del contenido del precedente vinculante, previniendo así decisiones arbitrarias.

Sin embargo, la certeza y predictibilidad que producen los precedentes vinculantes no impide el perfeccionamiento y la evolución de la jurisprudencia constitucional. Los precedentes no implican la petrificación del ordenamiento jurídico, y, por lo tanto, pueden ser derogados, modificados o excepcionados cuando existan razones preponderantes que así lo aconsejen. Ahora bien, cito: *“cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de su precedente, debe expresar en los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión, las razones por las cuales ha variado su criterio”*, cierro la cita (así dice el artículo 31, párrafo I, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales).

Quiero ofrecer, en este momento, la más calurosa bienvenida a esta tierra de Duarte, a este pueblo dominicano, pueblo hospitalario, alegre, generoso y solidario, a los distinguidos ponentes internacionales, magistrados y juristas que nos honran con su participación; destaco al maestro Domingo García Belaúnde, magistrado Ernesto Jinesta Lobo, presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica; magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, juez del Tribunal Constitucional de España; magistrado Eloy Espinosa – Saldaña Barreras, juez del Tribunal Constitucional del Perú; magistrado Hernán Antonio de León Batista, juez de la Corte Suprema de Panamá; magistrada Gloria Porras, jueza de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; maestro Diego López Garrido, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla - La Mancha y exsecretario de Estado para la Unión Europea de España, gran amigo del pueblo dominicano y quien, en sus obras, ha señalado que la Constitución de 2010 es para él “la más avanzada de Iberoamérica”.

Igualmente, los catedráticos y académicos: la querida doctora Marina Gascón Abellán, el doctor Hernán Alejandro Olano, el doctor Boris Barrios González, el doctor Krystian Complak, polaco que ha hecho de la República Dominicana su segunda casa; el licenciado Marvin Carvajal, el doctor Rogelio Flores y el doctor Juan Fernando Durán, gran amigo del Tribunal Constitucional dominicano, catedrático de la Universidad de Valladolid y antiguo letrado del Tribunal Constitucional español.

Estamos seguros de que la presencia de estos invitados, junto a los distinguidos constitucionalistas dominicanos que expondrán en este Congreso, nos anticipa la calidad del esfuerzo intelectual y lo fructífero de los resultados.

Quiero expresar mi más profundo reconocimiento a la comisión organizadora de este III Congreso Internacional, integrada por los honorables magistrados Hermógenes Acosta de los Santos, coordinador; Leyda Margarita Piña Medrano, Katia Miguelina Jiménez Martínez, Rafael Díaz Filpo y Lino Vásquez Sámuel, por el magnífico trabajo realizado.

Al dejar formalmente inaugurado este III Congreso Internacional, iniciamos la celebración del V Aniversario del Tribunal Constitucional.

No me cabe la menor duda de que las reflexiones y enseñanzas de estos tres días servirán para fortalecer la comprensión del precedente

constitucional en la comunidad jurídica dominicana, y con ello, seguir impulsando la anhelada vida en Constitución, porque lo que queremos los dominicanos es “vivir en constitución”.

Muchas gracias.

¡Bienvenidos a todas y todos! ¡Enhorabuena y éxitos!

DR. MILTON RAY GUEVARA
Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

CONFERENCIA INAUGURAL:
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
Y CREACIÓN JUDICIAL

Dr. Domingo García Belaunde,
catedrático universitario y abogado en ejercicio del Perú



Dr. Domingo García Belaunde

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido docente en Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, en la PUCP y en la Universidad de Lima.

Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Externado de Colombia. Abogado en ejercicio y conferencista internacional. Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores (1985-1992) y de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia (1996-1999, 2004), así como de diversas Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima.

Entre sus publicaciones destacan “El Hábeas Corpus en el Perú” (1979), “Constitución y Política” (1981), “Mar y Constitución” (1984,1987), “La Constitución en el Péndulo” (1996), “Derecho Procesal Constitucional” (1998, 2001), “La Constitución y su Dinámica” (2004, 2006).

El precedente constitucional: extensión y límites

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 considera-



ción 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 aun 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:

- a) 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.
- b) 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 antecidos por una serie de casos que construyen lentamente lo que luego será el rompecabezas armado en su totalidad.
- c) 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.
- d) 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.



- e) 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.
- f) 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 Constitu-



cional). 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. Súmula 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 “súmula”, 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 súmula es que brota o nace de un caso concreto y de él se extraen principios o directrices que se vuelcan en ella. La súmula clásica no es un precedente, sino una simple guía 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 ahí su diferencia con los precedentes de otros países, pues se presentan como una cápsula principista de enunciados generales que además no son obligatorios y que por su carácter abstracto permiten aplicaciones flexibles.

Posteriormente, mediante expresa reforma constitucional (llamada enmienda en la terminología brasileña) se creó en diciembre de 2004 la llamada “súmula 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 públicos 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 súmula vinculante puede ser modificada por el mismo Tribunal.

Siguen la forma de las anteriores súmulas, pero tienen mayor alcance y la misma forma de presentación; además, son aprobadas con cautela y no son numerosas. Y a diferencia de las anteriores son vinculantes y esto desde 2004, si bien las primeras súmulas 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.



7. ¿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 aun, 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 enunciamos 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. Aun 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 aun 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 esperpénticos (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 aun 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 aun 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 Decisis. 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 lei da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários à 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 súmulas 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 *Verfabrensautonomie* 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 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.

Lima, octubre de 2016.

**AUTONOMÍA PROCESAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
PANEL

Mag. Miguelina Ureña,
jueza de la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial
de la Corte de Apelación del Distrito Nacional

Lic. Alberto Fiallo,
constitucionalista dominicano

Lic. Juan Fernando Durán,
ex-letrado del Tribunal Constitucional de España
y profesor de la Universidad Valladolid



Mag. Miguelina Ureña Núñez

Licenciada en Derecho egresada de la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA). Magíster en Derecho Constitucional con concentración Jurisdicción Constitucional, doble titulación PUCMM y la Universidad Castilla La Mancha. Magíster en Derecho Comparado e Internacional de los Negocios, la Universidad de Savoie y de Pierre Mendés, Francia. Postgrado en Procedimiento Civil de la PUCMM. Magíster en Derecho Societario y Comercial, y en Ciencias Jurídicas egresada de la PUCMM . Actualmente cursando un doctorado en Derecho con la Universidad Externado de Colombia y la PUCMM. Jueza de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional y sustituta ante el Consejo del Poder Judicial del representante de Corte de Apelación. Es docente por asignatura en la carrera de Derecho; y coordinadora de programas de maestrías de Derecho de la PUCMM. Ha recibido reconocimiento por su desempeño judicial y académico, el más reciente, el reconocimiento a la excelencia profesoral de la PUCMM.

MAG. MIGUELINA UREÑA NÚÑEZ

LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO

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

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.



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 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 acción, los plazos, los incidentes, un hecho causal, los medios probatorios

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.



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 pre-existentes.

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 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

6 GUTIÉRREZ, Gustavo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. 1ª ed. Perú. Editora y Librería Jurídica Grijley. E.I.R.L. 2009, pp. 107-109.

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.



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:

“[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.

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.

11 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Derecho constitucional en perspectiva*. 2ª ed. dominicana. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini. Santo Domingo, 2011, p. 90.

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 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.

12 FIX ZAMUDIO, Héctor. *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, p. 94. Citado por GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob.cit., p. 64.

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.



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 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 hermenéutica constitucional, lo que deberá ser tenido en cuenta por todo aplicador del derecho”¹⁸.

15 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Marsol, Lima. 1998, p. 7, citado por GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob.cit., p. 64.

16 ETO CRUZ, Gerardo. “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.

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, Gerardo. Ob. cit., p. 88.



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.

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

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”.



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.

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

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.

21 BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. Ob. cit., p. 52.

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 decir mecanismos de seguridad dispuestos en la Constitución para asegurar su efectividad”²⁴. 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.

22 Artículo 185 de la Constitución.

23 Artículos 36, 53, 59, 64 y 65 de la Ley 137-11, LOTCPC.

24 GUTIÉRREZ, Gustavo. Ob. cit., p. 10.

25 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Ob. cit., p. 120.



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 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

26 RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia. Ob. cit., p. 130.

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.



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.

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 constitucional, como

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.

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.



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 -subjeto 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 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

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.



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 accesorias 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 Constitucionales⁴⁰.

La autonomía funcional implica el mayor grado de independencia o autogobierno para que el órgano ejerza las competencias específicas 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 Tribunales⁴²”.

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

40 Sentencia TC/00305/14, 22 de diciembre.

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.



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 debe 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.

- 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.
- 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.

44 Cursivas nuestras.



Como puede observarse, en las primeras cuatro de dichas decisiones, el Tribunal Constitucional dominicano ha hecho uso del poder pseudo-legislativo 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 constitucional”⁴⁵.

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, 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

45 RAY GUEVARA, Milton. Ob. cit., p. 291. Discurso de la Audiencia Solemne de Rendición de Cuentas en el Segundo Aniversario del Tribunal Constitucional.



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 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.

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.

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. <https://borisbarriosGONZÁLEZ.wordpress.com/maestria...derecho/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/autonomia-procesal-del-tribunal-constitucional-cc3a9sar-landa-arroyo.pdf> 20 /08/2016.
- 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.



Lic. Alberto E. Fiallo-Billini

Egresado con honores de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Posee maestría en Derecho Empresarial y Legislación económica en PUCMM [2000-2002]. Maestría en Derecho Internacional Público en la Universidad de Bristol, Inglaterra la cual realizó con los auspicios de la Beca Chevening otorgada por el Gobierno Británico [2002-2004]. Posee también Maestría en Derecho Constitucional en UNIBE [2007-2009] y en Derecho Administrativo con la Universidad de Castilla-La Mancha en España-. Ha impartido docencia de derecho comparado, derecho internacional público y Derecho Constitucional en la ENJ, UASD, EFEC, UNIBE y PUCMM. Ex consultor jurídico de la Dirección General de Impuestos Internos 2012'2016. Socio Gerente de la Firma de abogados Fiallo-Billini Scanlon Abogados y Consultores.

LIC. ALBERTO E. FIALLO-BILLINI S.

Introducción

Los Tribunales Constitucionales son, hoy día, una institución estrechamente ligada al Estado Constitucional democrático, al punto que la historia de la democracia ha ido de la mano con el desarrollo de la justicia constitucional; en palabras del profesor Pérez Royo: *la democracia y la justicia se alimentan mutuamente*¹.

En la compleja tarea de administrar justicia, los tribunales constitucionales sustentan su existencia y funcionamiento en normas constitucionales y legales adjetivas. Todos los que interactuamos, académica o profesionalmente con la justicia constitucional de nuestros países, hemos constatado que la legislación en algunos casos abre una carretera sin hoyos o tapones (estancamientos) a los jueces constitucionales para tomar una decisión. Sin embargo, en otros casos, abre un camino angosto o hasta un terreno sin trillo.

Es en estos últimos casos, que los tribunales constitucionales enfrentan el dilema de administrar justicia sin las herramientas procesales y procedimentales adecuadas.

Ilustremos la situación en términos prácticos. Un albañil trabaja para un empleador, haciendo sillas. Para su trabajo, cuenta con las herramientas que le permiten armar las patas. ¿Puede pedir prestada o improvisar la herramienta que le permita colocar el espaldar?

En este mismo orden, ante ausencia o insuficiencia legislativa, ¿puede el Tribunal Constitucional tomar prestada otra figura procesal o crear una herramienta para fallar el caso que le es presentado?

1 Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid, España, 2000, p. 922.



Este es el fundamento de la figura de la Autonomía Procesal, objeto del presente trabajo. A estos fines, estudiaremos el concepto general de Autonomía Procesal, sus variantes o tipos, los límites y control de la figura, para finalizar reflexionando sobre la figura en nuestra legislación constitucional y adjetiva. En tal sentido, nuestro plan de trabajo obedecerá al siguiente esquema:

I. Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional

- 1.1. Concepto general.
- 1.2. Tipos de autonomía.
- 1.3. Experiencia comparada. Sentencias relevantes.
- 1.4. Límites.

II. Autonomía procesal en la República Dominicana

- 2.1. Fundamento constitucional de la AP. Atribuciones del TC como mandato expreso de la Constitución.
 - 2.1.1. Supremacía de la Constitución.
 - 2.1.2. Fundamento de la Constitución. Posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico dominicano. Dignidad.
 - 2.1.3. Cláusula de función esencial del Estado.
 - 2.1.4. Estado Social y Democrático de Derecho.
- 2.2. Sustento legislativo.
- 2.3. Autonomía procesal, una definición dominicana.
- 2.5. Sentencias dominicanas relevantes.

III. Reflexiones finales y conclusión

I. Autonomía Procesal.

1.1. Concepto general.

Antes de iniciar el recorrido hasta una definición dominicana del concepto de Autonomía Procesal, es necesario aclarar el uso del término *procesal*. Los términos proceso y procedimiento son diferentes. Mientras el proceso es el *conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal*,



tendientes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada², el procedimiento queda compuesto por esos actos o trámites seguidos ante el juez. En términos prácticos, el proceso es todo el camino con varias paradas que tomaríamos para llegar a nuestro destino, desde la entrada al proceso con la demanda o acción constitucional hasta la resolución del caso a través de una sentencia. Los procedimientos son, en cambio, las reglas que hay que observar en cada parada, hasta llegar al destino. Aclarado esto, para los fines del presente trabajo, la Autonomía Procesal (en adelante, “AP”) se refiere indistintamente a proceso o procedimiento.

Revisemos, pues, los aportes de la doctrina comparada. Debo advertir al lector que muy poco se ha escrito sobre el tema, al punto de que los trabajos expuestos en este panel son, en sí mismos, un ejercicio de *autonomía académica* por parte de los panelistas³.

Señalada esta suerte de escasez bibliográfica, estudiemos el aporte de la profesora Patricia Rodríguez Patrón, quien nos invita a reflexionar sobre el concepto de AP, entendiéndolo como:

... una regulación sobre cuestiones procesales (tanto formales como materiales, pero fundamentalmente estas últimas), que se lleva a cabo por el Tribunal Constitucional en el seno del proceso constitucional conforme a los criterios de oportunidad⁴.

El profesor Gerardo Eto Cruz nos propone definir la AP como:

‘aquella potestad discrecional que tienen los tribunales constitucionales para crear figuras procesales y procedimentales distintas o interpretativas de lo que en este caso es el Código Procesal Constitucional, o de la legislación procesal constitucional de cada país⁵.

2 Definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=UFbxsxz>

3 El magistrado Hermógenes Acosta ha señalado: *El principio de autonomía procesal ha sido desarrollado ampliamente por los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas de Justicia, sin embargo, pocos tratadistas se han ocupado de su estudio.* Conferencia ofrecida el 23 de noviembre de 2012, en la Fundación Global Democracia y Desarrollo del Distrito Nacional, República Dominicana. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/node/780>

4 Rodríguez-Patrón, Patricia. La Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. Cuadernos Civitas. Madrid, España, 2003, p. 20.

5 Eto Cruz, Gerardo. UNA PROBLEMÁTICA NO RESUELTA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA: ¿TIENEN AUTONOMÍA PROCESAL LOS



Por su parte, el magistrado Cesar Landa nos explica:

“la autonomía procesal no es un dogma, sino un medio para la realización de la Constitución y para que el Tribunal Constitucional no acabe sumergido en la sobrecarga procesal, sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad”⁶.

Al tomar con sumo respeto y fusionar las tres definiciones ofrecidas, la AP sería entonces la facultad de regulación del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) que se expresa en la potestad discrecional de crear figuras procesales y procedimentales distintas a, o interpretativas de la legislación vigente, con el fin de realizar la Constitución y evitar la sobrecarga procesal.

1.2. Tipos de Autonomía Procesal

La profesora Rodríguez-Patrón divide los tipos de AP en delegada y conectada al proceso. Mientras la primera es una facultad otorgada por la ley, la segunda sería una iniciativa del TC, ligada a las necesidades propias del proceso.⁷

En la misma línea, el profesor Eto Cruz divide la AP en delegada o interpretativa y autárquica o cuasi legislativa. Si bien comparten el mismo criterio de fondo, resalta la opinión del profesor Cruz cuando, al referirse a la segunda categoría, establece⁸:

Sin embargo, hay que señalar que la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa es una autonomía en donde el Tribunal Constitucional crea, recrea e innova figuras procesales a través de su jurisprudencia, muchas veces contra legem, en oposición frontal contra lo que dice el Código Procesal Constitucional [o] contra lo que puede decir el propio testamento histórico del poder constituyente, como es la Constitución.

Entonces, es correcto afirmar que la AP puede ser delegada o voluntaria. Esto así, para los tipos de AP de acuerdo a la fuente de legitimación.

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES? P. 3. Disponible en file:///C:/Users/Alberto%20Fiallo/Desktop/Autonomía%20Procesal/Tienen-autonomia-procesal-los-TC-Eto-Cruz%20.pdf

6 Landa, César. Teoría del derecho procesal constitucional. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2004. p. 13.

7 Ídem. Rodríguez-Patrón. Pp. 21-25.

8 Ídem. Eto Cruz, Gerardo. P. 4.



En este orden, propongo otra división, basada en el ámbito de acción de la AP. Entonces, para los casos en que el TC crease una figura o procedimiento ajeno al ordenamiento jurídico sobre el cual actúa, estaríamos en presencia de una AP absoluta. Si, en cambio, el TC adecúa, redimensiona, dinamiza o toma prestada una figura procesal o procedimental, estamos en presencia de una AP relativa.

Así mismo, propongo una división basada en la interacción del TC con la correspondiente legislación procesal constitucional; en otros términos, la posición de la sentencia frente a la ley. Entonces, cuando el TC decide apartarse del precepto constitucional o legal, enfrentándolo directamente, se trata de una AP de choque. Si, por el contrario, la sentencia del TC interpreta de manera conforme la figura frente a la Constitución o pretende completar los rasgos de una figura procesal o procedimental, se trata de una AP complementaria.

1.3. Experiencia comparada

El profesor Eto Cruz reflexiona sobre la figura de la AP en la historia, señalando los siguientes casos como vivos ejemplos de la AP:

Caso	País	Fecha
Marbury vs. Madison ⁹	Estados Unidos	1803

9 Justo antes de que Adams dejase la presidencia para ser relevado por Thomas Jefferson (del partido Republicano), el gobierno del partido Federal designó a varios jueces de paz. Este proceso de designación involucraba el nombramiento por parte del presidente, con la posterior ratificación del Congreso; tras ello, correspondía, como acto de perfeccionamiento formal, que el documento de nombramiento fuera sellado y remitido por correo por el secretario de Estado (cargo que, hasta el momento de los mencionados nombramientos, tenía Marshall). Lo cierto es que William Marbury fue nombrado juez de paz casi el último día de gobierno del partido Federal y a John Marshall no le alcanzó el tiempo para sellar o enviar todos los nombramientos que acababan de hacerse, entre ellos el de Marbury. Ante ello, el nuevo secretario de Estado nombrado por Jefferson, James Madison, se negó a sellar y a distribuir las credenciales pendientes, e incluso eliminó las plazas de juez creadas por Adams. William Marbury presentó un *mandamus* pidiendo al nuevo secretario de Estado que le enviara su nombramiento, el cual ya estaba sellado. Este pedido, en aplicación de una disposición de la *Judiciary Act* (equivalente a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial), llegó directamente a la Suprema Corte. Al resolver, la Corte resolvió que si bien la *Judiciary Act* habilitaba a la Corte Suprema para conocer algunos *mandamus* en primera instancia (con competencia originaria), dicha competencia legal resultaba inconstitucional, pues no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución (que disponía que, salvo algunos pocos supuestos, la Corte Suprema solo ejercía competencia “por apelación”). Resumen extraído de la página <http://enfoquederecho.com/publico/el-caso-marbury-vs-madison-1803/>



Ángel Siri ¹⁰	Argentina	1957
La creación del bloque de constitucionalidad ¹¹	Francia	1971
Las sentencias interpretativas ¹²	Italia	1956
El estado de cosas inconstitucional ¹³	Colombia	2004

- 10 Durante el régimen peronista, la policía de la provincia de Buenos Aires procedió a la clausura del diario *Mercedes*, operativo que se llevó a cabo sin aclarar las razones del porqué de la medida. En consecuencia, Ángel Siri, director y administrador del diario, se presentó ante la justicia, alegando la violación de sus derechos de libertad de imprenta y trabajo consagrados en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional. El director del diario pretendía, en primer lugar, que se retirara la custodia policial del local donde se imprimía el periódico, y segundo, que se levantara la clausura impuesta. Siri se presentó ante el juez, solicitando se requiriera a la policía bonaerense un informe sobre quién había ordenado la clausura y los fundamentos de la medida. Requerido el informe, el comisario informó que la orden había sido emitida por la “Dirección de Seguridad de la Policía” y que el motivo lo desconocía. Ante esta circunstancia, el juez requirió informes al jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, a la Comisión Investigadora Nacional y al Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Todos manifestaron ignorar las causas de la clausura y la autoridad que la había dispuesto. El magistrado, interpretando el pedido de Siri como un recurso de *Hábeas corpus*, no hizo lugar al mismo, en razón que no se había violado la libertad física de ninguna persona. Habiéndose apelado la decisión del juez de primera instancia, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Mercedes confirmó la sentencia, por lo que el afectado dedujo recurso extraordinario, dejando en claro que no había interpuesto un recurso de Habeas Corpus sino que se trataba de una petición a las autoridades por la violación de garantías constitucionales. La Corte revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones, ordenando a la autoridad policial “cesar con la restricción impuesta”, exponiendo que las garantías constitucionales invocadas por Siri se hallaban restringidas sin orden de autoridad competente ni causa justificada, y que estos motivos bastaban para que fueran restablecidas íntegramente por los jueces; “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional”. Resumen extraído de la página <http://federacionuniversitaria8.blogspot.com/2008/04/siri.html>
- 11 Es una consideración generalizada entre los doctrinarios que la expresión “bloque de constitucionalidad” fue acuñada a mediados de los setenta, cuando Louis Favoreu la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés. Resumen extraído de la página https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf
- 12 Nos explica el profesor Eto Cruz: “*En Italia, bajo el influjo primigenio de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América, se crean sentencias distintas a las sentencias estimativas o desestimativas. Es decir, las sentencias típicas eran sentencias que declaraban o no inconstitucional; a eso se denomina sentencias típicas. Pero en Italia empieza a crearse una figura que se llama sentencias atípicas, en donde el intérprete supremo, esto es, la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, prefiere no declarar inconstitucional la ley, porque si la declara inconstitucional, el remedio puede ser peor que la enfermedad y se generarían gruesas afectaciones a la seguridad jurídica y, por lo tanto, decide utilizar mejor otra técnica, llamada sentencias interpretativas. Si el legislador dijo que la ley A es B, el intérprete supremo trata de hacer una interpretación en conformidad con la Constitución y dice, si el legislador dijo que A es B, de ahora en adelante, este intérprete dice que esta ley debe entenderse que A es C, porque C es una interpretación que se acomoda a la Constitución.*” Ídem. Eto Cruz, Gerardo. P. 8.
- 13 Sentencia T-025 de 2004, emitida por la Corte Constitucional Colombiana. El magistrado Hermógenes Acosta nos explica que *El estado de cosas inconstitucionales es una figura del procesal creada por la Corte Constitucional de Colombia, que consiste en extender los efectos de la sentencia más allá de las partes, de*

1.4. Límites

Recurrimos nuevamente a la obra de la profesora Rodríguez-Patrón, quien nos explica que los límites de la AP son los siguientes¹⁴:

1. **El principio de respeto a la división de poderes.** El TC debe reprimirse de emitir decisiones con contenido político o que recaigan en la esfera de otro órgano constitucional.
2. **Prohibición de la arbitrariedad.** El TC debe revestir sus decisiones de motivaciones suficientes para la adopción de nuevas o modificadas figuras procesales.
3. **Principio de seguridad jurídica.** Aunque no es desarrollado plenamente en su obra, puede inferirse que la autora propone al TC que utilice los métodos jurisdiccionales convencionales para la creación o modificación de la figura procesal o procedimental correspondiente.
4. **Respeto al ámbito de competencia.** El TC, al ejercer la AP, debe mantener sus decisiones en su ámbito de competencia, resistiéndose a tomar decisiones de naturaleza similar a las asignadas a otro órgano constitucional. Este límite puede ser enmarcado dentro del principio de respeto a la división de poderes.

II. Autonomía procesal en la República Dominicana

2.1. Fundamento constitucional

Veamos ahora la AP desde el contexto constitucional dominicano. Para esto, debemos estudiar primero las atribuciones del TC, como mandato expreso de la Constitución Política de la República Dominicana (en

manera que las personas afectadas por futuras violaciones de la misma naturaleza no tengan que iniciar un proceso nuevo sino prevalerse de la decisión dictada en el caso anterior y exigir la ejecución de la misma. Conferencia ofrecida el 23 de noviembre de 2012, en la Fundación Global Democracia y Desarrollo del Distrito Nacional, República Dominicana. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/node/780>

14 Ídem. Rodríguez-Patrón. P. 147.



adelante, la “CPRD”) y en segundo plano, el sustento constitucional de la AP, en caso de que el TC dominicano se encuentre de frente con una legislación inexistente o incompleta, que sea obstáculo para cumplir con sus atribuciones.

2.2. Atribuciones del TC como mandato expreso de la Constitución¹⁵

El artículo 184 de la CPRD establece la figura del TC y define su función o atribuciones, las cuales son *garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales*¹⁶. Por su parte, el artículo 189 del mismo texto dispone el principio de legalidad de los procesos constitucionales¹⁷. Esta última disposición arranca de nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de existencia de la AP de choque en cuanto a los procesos y procedimientos constitucionales¹⁸.

2.2.1. Principio de supremacía de la Constitución

El artículo 6 de la Constitución dominicana reclama al Tribunal Constitucional como *sujeto a la constitución*, en su condición de órgano

15 Los puntos a desarrollar fueron incluidos en el artículo de la autoría de quien suscribe, intitulado: *La especial trascendencia o relevancia inconstitucional*, incluido en la obra *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho*, Liber Amicorum dedicado al profesor Allan Brewer Carías. Instituto Dominicano de Derecho Constitucional. Santo Domingo, República Dominicana. Mayo 2016. Pp. 695-725.

16 Artículo 184.- Tribunal Constitucional. 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.

17 Artículo 189.- Regulación del Tribunal. La ley regulará los procedimientos constitucionales y lo relativo a la organización y al funcionamiento del Tribunal Constitucional.

18 Es importante aclarar, como opinión de quien suscribe, que cuando la Constitución se refiere a procedimientos también engloba procesos. Esto así, porque la LOTC, al tiempo en que desarrolla los procedimientos, también prevé los procesos incluidos en el espectro procesal constitucional. Ahora bien, esto no es óbice para que el TC, apelando a la AP, cree un nuevo proceso constitucional.

que ejerce *potestades públicas*¹⁹. Esta figura encuentra su nacimiento en el constitucionalismo norteamericano²⁰.

Como nos explica el profesor Rey Cantor: “*La Supremacía conlleva el sometimiento de las normas inferiores a las superiores, o sea las constitucionales. Aquellas están verticalmente subordinadas a estas, a fin de fortificar esa relación de dependencia y contribuir a mantener dicha “integridad”, guardando así un equilibrio jurídico normativo*”²¹.

Mal haría el TC, asignado por el texto constitucional como “garante” de esa Supremacía Constitucional, al desestimar una acción que repose en justa petición y que deje asomar una violación a la CPRD, ocultándose bajo el pretexto de la inexistencia o insuficiencia de herramientas procesales o procedimentales. En otras palabras, el mandato de garantía de Supremacía no puede esperar la creación o adecuación de una figura procesal por parte del legislador; el TC debe abrir el paso, para garantizar a la CPRD al lugar de Supremacía que ostenta.

2.2.2. Fundamento de la Constitución. Posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico dominicano. Dignidad

El texto constitucional dominicano anuncia la dignidad como uno de sus fundamentos. De acuerdo a la configuración del ordenamiento constitucional dominicano, la dignidad se erige como valor, principio y derecho fundamental.

Como valor, en la medida que sirve de fuente inspiradora del Constituyente para la creación de la norma constitucional²². Como principio,

19 Artículo 6.- Supremacía de la Constitución. Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.

20 Carbonell, Miguel. *MARBURY VERSUS MADISON: EN LOS ORÍGENES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*. Disponible en http://audiovisualesuca.com.sv/deptos/ccjj/media/archivo/4fa7a1_03carbonellmarburymadison/losorigenesdelasupremaciaconstitucional.pdf

21 Rey Cantor, Ernesto. P. 774. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/35.pdf>

22 El preámbulo de la Constitución del 26 de enero de 2010 reclama: *Nosotros, representantes del pueblo dominicano, libre y democráticamente elegidos, reunidos en Asamblea Nacional Revisora; invocando el nombre de Dios; guiados por el ideario de nuestros Padres de la Patria, Juan Pablo Duarte, Matías Ramón Mella y Francisco del Rosario Sánchez, y de los próceres de la Restauración de establecer una República*



ya que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes²³, como un mandato de optimización que atraviesa toda actuación del poder público. Como derecho fundamental, en la medida que constituye una de las prerrogativas previstas para las personas en el catálogo de derechos fundamentales previstos en la Constitución²⁴.

De acuerdo a la propia Constitución, la dignidad es el complemento perenne de los derechos fundamentales; ella es inherente a todos los derechos, por lo que una violación a un derecho es, a su vez, una violación a la dignidad en sus expresiones de principio, valor y derecho fundamental.

Coincido con los profesores Bohórquez y Aguirre, cuando explican que el concepto de dignidad es ambiguo y de difícil aplicación. Sin embargo, está presente como base de todos los textos y mecanismos universales y regionales de protección de derechos²⁵. Entiendo, además, con el profesor Martínez Bullé-Goyri, que ante los cambios sociales, la dignidad humana es un concepto que debe acompañar siempre al juzgador como expresión del Estado²⁶.

Utilizando la misma lógica del apartado anterior, el TC ha recibido la instrucción de su texto habilitante, de garantizar la protección de los derechos fundamentales. Entonces, el proceso o procedimiento se muestra intrascendente, pues lo que la Constitución reclama es un resultado, reservando poca relevancia al proceso o procedimientos.

libre, independiente, soberana y democrática; inspirados en los ejemplos de luchas y sacrificios de nuestros héroes y heroínas inmortales; estimulados por el trabajo abnegado de nuestros hombres y mujeres; regidos por los valores supremos y los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el imperio de la ley, la justicia, la solidaridad, la convivencia fraterna, el bienestar social, el equilibrio ecológico, el progreso y la paz, factores esenciales para la cohesión social; declaramos nuestra voluntad de promover la unidad de la Nación dominicana, por lo que en ejercicio de nuestra libre determinación adoptamos y proclamamos la siguiente Constitución (El subrayado es nuestro).

- 23 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Pp. 86 y 87.
- 24 *El artículo 38 de la Constitución ordena: Artículo 38.- Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.*
- 25 Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier. *Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos*. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>
- 26 Martínez Bullé-Goyri. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/136/art/art2.pdf>

2.2.3. Cláusula de función esencial del Estado

Nuestra Constitución política configura al Estado dominicano sobre la base de las instituciones que el mismo texto prevé. En su parte inicial, entrega a los agentes que encarnan el poder del Estado, incluyendo los jueces del Tribunal Constitucional, la primera guía para el ejercicio del poder.

Una especie de cartilla de obligaciones, al establecer como función esencial del Estado dominicano: *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*²⁷.

El TC, en su tarea de protección de los derechos de la persona, debe remover cualquier obstáculo o crear cualquier camino. Así lo reclama la CPRD.

2.2.4. Estado Social y Democrático de Derecho

El artículo 7 de la CPRD reclama a la República Dominicana como un Estado Social y Democrático de Derecho²⁸. Esta cláusula nos sugiere que el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales, entre otros corolarios, son una manifestación de esa condición de social y democrático que ostenta el Estado dominicano.

Nos explica el profesor García Belaúnde que con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se utiliza el término de Estado Social y Democrático de Derecho para designar un Estado de Derecho que no solo está orientado al imperio de la ley sino que se ocupa por la realización de los derechos sociales²⁹. En efecto, el profesor Jorge Carpizo nos invita a

27 Artículo 8 de la Constitución del 26 de enero de 2010.

28 *Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.*

29 García Belaúnde, Domingo. *El Estado Social Revisitado*. P. 6. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/25/dtr/dtr15.pdf>



pensar el respeto a los derechos fundamentales como una expresión de las Constituciones democráticas³⁰, al tiempo que el profesor Fix-Zamudio nos enseña que los tribunales, en nuestro caso, el TC, debe realizar la democracia social a fines de alcanzar la justicia social³¹.

Bajo estas premisas, resulta una contradicción con la esencia social y democrática del Estado dominicano que el TC, parado frente a una violación de derechos fundamentales, *pueda saltarlos como a un charco en medio de la calle*³², por no existir una figura procesal que le permita extirpar dicha violación de derechos.

2.3. Sustento legislativo

La Ley No. 137-11, del 13 de junio de 2011, llamada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales (en lo adelante, LOTC), nos ofrece el sustento legislativo de la AP del TC dominicano.

En efecto, desde los artículos 1³³ y 2³⁴ de dicha ley, se establece que el TC es el *órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad y para garantizar la supremacía y defensa de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.*

30 Carpizo, Jorge. Estudios Constitucionales, Una Propuesta. 2da Edición. México. P. 419. Citado por Héctor Fix- Zamudio. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/649/11.pdf>

31 Fix-Zamudio, Héctor. *La Constitución y el Estado Social de Derecho*. P. 9. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/649/11.pdf>

32 Fiallo-Billini, Alberto. *La especial trascendencia o relevancia inconstitucional*, incluido en la obra *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho*, Liber Amicorum dedicado al profesor Allan Brewer Carías. Instituto Dominicano de Derecho Constitucional. Santo Domingo, República Dominicana. Mayo 2016. P. 710.

33 Artículo 1.- Naturaleza y Autonomía. El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado.

34 Artículo 2.- Objeto y Alcance. Esta ley tiene por finalidad regular la organización del Tribunal Constitucional y el ejercicio de la justicia constitucional para garantizar la supremacía y defensa de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.



Es el TC, de acuerdo a lo que reclama la CPRD, por encima de todos los demás órganos constitucionales, el que debe velar por una saludable interpretación de la CPRD. Para esta tarea no debe escatimar en crear, enderezar o dinamizar procesos y procedimientos constitucionales que ralenticen u obstaculicen su tarea interpretadora.

Ya en el apartado relativo a los principios rectores del Sistema de Justicia Constitucional, la LOTC reafirma la obligación del TC de activar la AP en aquellos casos de oscuridad, inexistencia o ineficacia del texto legislativo. Veamos la siguiente tabla, la cual pretende ilustrar la anterior afirmación:

Principio	Contenido	Relevancia
Accesibilidad	La jurisdicción debe estar libre de obstáculos, impedimentos, formalismos o ritualismos que limiten irrazonablemente la accesibilidad y oportunidad de la justicia.	Es tarea del TC remover esos obstáculos, impedimentos, formalismos o ritualismos.
Constitucionalidad	Corresponde al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, en el marco de sus respectivas competencias, garantizar la supremacía, integridad y eficacia de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.	Esta es una confirmación de la designación del TC como garante de la CPRD, en el artículo 184 del texto constitucional.
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 cuando lo amerite el caso, en razón de sus peculiaridades.	Este es el ejemplo más elocuente de que la LOTC faculta al TC a activar la AP en aquellos casos donde se <i>arriesgue la efectiva aplicación de las normas constitucionales y los derechos fundamentales</i> .



Informalidad	Los procesos y procedimientos constitucionales deben estar exentos de formalismos o rigores innecesarios que afecten la tutela judicial efectiva.	Atado al principio de accesibilidad.
Interdependencia	Los valores, principios y reglas contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por los poderes públicos de la República Dominicana, conjuntamente con los derechos y garantías fundamentales de igual naturaleza a los expresamente contenidos en aquellos, integran el bloque de constitucionalidad que sirve de parámetro al control de la constitucionalidad y al cual está sujeta la validez formal y material de las normas infraconstitucionales.	Faculta al TC a declarar no válida, formal o materialmente, una norma infraconstitucional que choque con el bloque de constitucionalidad. En estos casos, deberá cubrir el vacío generado por la expulsión del proceso o procedimiento constitucional correspondiente.
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.	Aunque podría seducir la idea de que las medidas sugeridas por este artículo son aquellas de instrucción, se trata de una apelación directa a la AP, facultando al TC a reencauzar cualquier proceso o procedimiento por servir a la Supremacía de la Constitución y/o la protección de los Derechos Fundamentales.
Supletoriedad	Para la solución de toda imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad de esta ley, se aplicarán supletoriamente los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y solo subsidiariamente las normas procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.	El TC está facultado a escoger los principios que regirán el proceso, con la única finalidad de garantizar la Supremacía de la Constitución y/o la protección de los Derechos Fundamentales.

Finalmente, es vital señalar que la LOTC, en su artículo 9, prevé la facultad del TC para decidir sobre *las cuestiones incidentales que surjan ante él y dirimirá las dificultades relativas a la ejecución de sus decisiones*³⁵.

Todo lo anterior nos permite afirmar que la LOTC se erige como sustento legislativo de la AP del TC.

2.4. Autonomía procesal, una definición dominicana

Estamos preparados, entonces, para construir una definición de AP *a la dominicana*. En el Sistema de Justicia Constitucional de la República Dominicana la Autonomía Procesal sería *la atribución del Tribunal Constitucional, con fundamento constitucional y legislativo, de crear, adecuar o dinamizar figuras procesales y procedimentales, a los fines de garantizar la Supremacía Constitucional y la protección de los Derechos Fundamentales*.

En el caso dominicano, hablaríamos de una AP delegada, absoluta o relativa, dependiendo del caso, y complementaria.

2.5. Sentencias dominicanas relevantes

- Sentencias de la Suprema Corte de Justicia en atribuciones de TC

Este apartado es dedicado a las sentencias dominicanas donde la AP ha jugado un papel relevante. Aunque la historia jurisprudencial dominicana y la tarea de administración del TC dominicano, desde su creación, recogen una prolifera jurisprudencia en AP, he escogido las sentencias que retratan la AP desde sus rasgos más distintivos.

En este orden, visitemos la motivación y contenido de las siguientes sentencias:

35 Artículo 9.- Competencia. El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los casos previstos por el Artículo 185 de la Constitución y de los que esta ley le atribuye. Conocerá de las cuestiones incidentales que surjan ante él y dirimirá las dificultades relativas a la ejecución de sus decisiones.



- ***Sentencia No. 9 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, emitida en fecha 24 de febrero de 1999***

Esta sentencia es un vivo ejemplo de la AP. En fechas 10 de septiembre y 14 de octubre de 1999 la Sala No. 2 del Juzgado de Trabajo dictó sentencia en contra de PRODUCTOS AVON, S.A. y el señor Luisa Felipe Miranda. Inconformes con estas decisiones y en el curso de las correspondientes apelaciones, PRODUCTOS AVON, S.A. y el señor Luisa Felipe Miranda presentaron una solicitud directa ante la Suprema Corte de Justicia, para que verificase la violación de derechos fundamentales argumentada y dispusiera la existencia del recurso de amparo.

Así fue. La SCJ admitió la existencia del Recurso de Amparo en la República Dominicana y fijó el procedimiento para ejercer tal garantía³⁶. Aunque la acción principal fue rechazada, la SCJ reconoció que el Amparo era una norma de derecho positivo dominicano. En este caso, nuestro TC, al momento encarnado por la SCJ hasta la Constitución del 26 de enero de 2010, creó un procedimiento ajeno a nuestra legislación interna y lo dotó de los procedimientos que lo harán eficiente. Sin rubor, puede

36 El dispositivo de la resolución del 24 de febrero de 1999 establece:

Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José, Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante Resolución No. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3 de la Constitución de la República; Segundo: Determinar: a) que tiene competencia para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que se haya producido el acto u omisión atacado; b) que el procedimiento que deberá observarse en materia de amparo será el instituido para el referimiento, reglamentado por los artículos 101 y siguientes de la Ley 834 de 1978; c) el impetrante deberá interponer la acción de amparo contra el acto arbitrario u omisión, dentro de los quince (15) días en que se haya producido el acto u omisión de que se trate; d) la audiencia para el conocimiento de la acción, deberá ser fijada para que tenga lugar dentro del tercer día de recibida la instancia correspondiente. Sin embargo, cuando la acción fuere ostensiblemente improcedente a juicio del magistrado apoderado, así lo hará constar en auto y ordenará el archivo del expediente. Este auto no será susceptible de ningún recurso; e) el juez deberá dictar su sentencia dentro de los cinco días que sigan al momento en que el asunto quede en estado; el recurso de apelación, que conocerá la corte de apelación correspondiente, deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de notificada la sentencia, el cual se sustanciará en la misma forma y plazos que se indican para la primera instancia, incluido el plazo de que se dispone para dictar sentencia; f) los procedimientos del recurso de amparo se harán libres de costas. Tercero: Declarar que no procede, en el caso de la especie, estatuir sobre el pedimento de sobreseimiento en razón de que corresponde al juez apoderado de lo principal pronunciarse sobre dicho pedimento; Cuarto: Ordena que la presente resolución sea comunicada al Magistrado Procurador General de la República, para los fines de lugar.

sostenerse que este fue el primer ejercicio de AP con relación a las figuras del derecho procesal constitucional dominicano.

- ***Resolución 1920 del 13 de noviembre de 2003, emitida por el pleno de la SCJ***

Esta resolución también es una manifestación de la AP del TC, cuyas funciones eran asumidas por la SCJ. En ella, no solo se crea en el contexto dominicano la figura del Bloque de Constitucionalidad, sino que se fijan principios y derechos dentro del proceso penal y los procedimientos que regirá la implementación del entonces nuevo código procesal penal³⁷.

37 El dispositivo de dicha resolución reza:

PRIMERO: Reconoce y asume los siguientes principios fundamentales: 1. El principio del juicio previo; 2. El principio del juez natural o regular; 3. La imparcialidad y la independencia; 4. La legalidad de la sanción, condena y del proceso; 5. El plazo razonable; 6. El principio de única persecución o “non bis in idem”; 7. Garantía de respeto a la dignidad de la persona; 8. Igualdad ante la ley; 9. Igualdad entre las partes en el proceso; 10. Derecho a no declarar en contra de sí mismo o de no auto incriminación; 11. La presunción de inocencia; 12. Estatuto de libertad; 13. Personalidad de la persecución; 14. El derecho a la defensa; 15. Formulación precisa de cargos; 16. El derecho al recurso efectivo; 17. La separación de funciones; 18. La obligación de decidir; 19. Motivación de decisiones; 20. Legalidad de la prueba; y, 21. Derecho a la defensa o asistencia técnica, tal como se han descrito más arriba como parte integrante del debido proceso y dispone su aplicación inmediata en todos los tribunales del país. SEGUNDO: Ordena la modificación de las áreas físicas en las salas de audiencias de todos los tribunales del orden judicial en atribuciones penales; en consecuencia, las áreas laterales de los estrados, destinadas hoy, de un lado a la Defensa y, del otro, al Ministerio Público y a la Parte Civil, serán separadas y colocadas de la siguiente manera: dos mesas al frente del asiento del o de los jueces, colocadas en un mismo plano, y a distancia razonable del estrado en donde tiene su asiento el juez, con la finalidad de que a la izquierda del o los jueces esté sentado el procesado junto a su defensor; a la derecha, el ministerio público y, la parte agraviada junto a su abogado, permitiendo la comunicación permanente de los abogados con la persona a quien asisten, resguardando así la igualdad de todos ante la ley y los tribunales. Los estrados tendrán un espacio para el secretario (a). Otro para que se siente el testigo y declarante al momento de ser interrogado, dispuestos de tal manera, que permita el contacto visual permanente de éstos, con todos los actores del proceso durante su exposición. TERCERO: Instruye a todos los jueces y tribunales para que en el conocimiento de los casos correccionales, incluyendo la solicitud de libertad provisional bajo fianza, y en virtud de la Ley 1014, decidan toda medida previa pertinente de forma oral y pública en el tribunal, una vez que las partes hayan presentado sus alegatos y pretensiones dentro de los plazos establecidos. CUARTO: Dispone que en la fase de juicio y en todos los tribunales, las partes interrogarán de modo directo a los deponentes, garantizando el derecho a la igualdad entre las partes. El juez que presida la audiencia, orientará a quien practique el interrogatorio acerca de la forma del mismo y, advirtiéndole, además que no les está permitido hacer preguntas de forma sugestiva, capciosa, impertinente o con respuestas inducidas. QUINTO: Dispone que durante la fase de instrucción y previo a la emisión o suspensión de mandamientos, el juez de instrucción celebrará una vista para que las partes y el ministerio público tengan la oportunidad de presentar alegatos sobre la decisión provisional que emitirá el juez instructor. Igual procedimiento se observará cuando se trate de solicitud de libertad provisional bajo fianza. SEXTO: Dispone que durante el interrogatorio del



- Sentencias del TC

Es importante señalar que se escogen las sentencias más representativas de 2012, por servir de pilar a la futura jurisprudencia en materia de AP.

- Sentencia No. TC/007/12 del 22 de marzo de 2012, emitida por el TC

En fecha 22 de marzo de 2012, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia No. 0007-2012, la cual decidió sobre el recurso de revisión de amparo interpuesto por el señor Víctor Radhamés Severino Fornet en contra de la señora Fe Altagracia Olivero Espinosa³⁸. Este recurso fue rechazado sobre la base de su intrascendencia o irrelevancia constitucional.

En el cuerpo de la citada sentencia, el Tribunal Constitucional fijó los criterios que permiten apreciar la especial trascendencia o relevancia constitucional³⁹ de una cuestión a decidirse, estableciendo:

Que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento

procesado ante la jurisdicción de instrucción, se permita la presencia del abogado defensor a fin de asistirle sobre sus derechos fundamentales; si este no tuviere o no quisiere nombrar uno, el Juez solicitará la presencia de un defensor judicial, en caso de haberlo y, cuando no fuere posible, o ante la negativa del procesado a la asistencia del abogado designado, se hará constar que el acusado fue orientado sobre el derecho a ser interrogado en presencia de su defensor.

38 Sentencia No. 0007-2012 emitida el 22 de marzo de 2013. Recurso de revisión de amparo. Expediente No. 2011-5770, relativo a la acción de amparo incoada por Víctor Radhamés Severino Fornet contra Fe Altagracia Olivero Espinosa. El señor Severino reclamaba que la señora Olivero le había desalojado y no le dejaba entrar a la vivienda construida en común durante su matrimonio. Olivero se había separado de Severino y argumentaba que la vivienda era propiedad de ambos. De la relación de hechos señalada por el Tribunal Constitucional no puede advertirse cuáles fueron los derechos alegadamente conculcados.

39 Entiendo que es importante asumir que el Tribunal Constitucional se encontró en sus primeras sentencias con una figura que carece de sustento en los valores y principios establecidos por el constituyente de 2010. Por esto, en lo que percibo como un intento de interpretar la figura conforme a nuestro sistema de disposiciones y normas constitucionales, el TC propuso criterios tan amplios como fuera posible, que servirían para admitir la mayor cantidad de casos posibles.



Que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados

Que permitan al Tribunal Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales

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.

Este ejercicio de definir criterios para la aplicación de la figura de la *especial trascendencia o relevancia constitucional*, es un ejercicio de la AP por parte del TC, que hemos definido como complementaria. Si bien el TC no crea la figura, la completa y la implementa con su jurisprudencia.

- ***Sentencia TC/0038/12 del 13 de septiembre de 2012, emitida por el TC***

En esta sentencia, en ocasión de un recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, por una supuesta valoración incorrecta de piezas probatorias en un proceso penal, el TC recurre a la AP para decidir que la admisibilidad de los Recursos de Revisión Constitucional de Decisiones Jurisdiccionales debe ser decidida junto al fondo por la misma sentencia, contrario a lo que sugieren los numerales 5 y 7 del artículo 53 de la LOTC. El primer impulso es pensar que se trata de una contradicción con la ley, y por tanto, el ejercicio de una AP de choque. Sin embargo, es el mismo TC que justifica su decisión, afirmando:

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 constitucional⁴⁰.

Esto es coherente con la posición expresada en este trabajo, de que el TC dominicano cuenta con el sustento constitucional y legal para ejercer la AP.

40 Sentencia TC/0038/12 del 13 de septiembre de 2012, p. 6.



- ***Sentencia TC/0039/2012, emitida el 13 de septiembre de 2012***

El mismo día en que fue emitida la sentencia TC/0038/2012 fue emitida la decisión No. TC/0039/2012, lo cual sirvió para que, sin dilación, se completara el fundamento jurisprudencial de la AP. En efecto, en palabras del propio TC:

b) Ante tal situación [omisión del legislador], el Tribunal tiene dos alternativas: no resolver el caso que se le ha presentado, a consecuencia de la imprevisión o laguna legislativa, o llenar dicha laguna aplicando en este caso el principio de autonomía procesal desarrollado por la doctrina alemana e implementado por algunos tribunales constitucionales de la región.

i) El principio de autonomía procesal faculta al Tribunal Constitucional a establecer mediante su jurisprudencia normas que regulen el proceso constitucional "... en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema -vacío o imperfección de la norma- que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces en la regulación procesal vigente".

j) El principio de autonomía procesal es coherente con el de efectividad previsto en el artículo 7.4 de la referida Ley 137-11, texto que establece lo siguiente: "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 cuando lo amerite el caso en razón de sus peculiaridades".

k) La aplicación del referido principio de autonomía procesal es imperioso en la especie, ya que de lo contrario permanecería en un limbo jurídico, en la medida que habría que esperar de manera indefinida que el demandante en suspensión notificare la demanda y, al mismo tiempo, que los demandados depositaran su escrito de defensa.

Compartimos plenamente el sustento argumentativo del TC. En esta decisión, el TC, de manera inteligente y estratégica, con la juventud de solo 38 sentencias, preparó las bases para el desarrollo pretoriano de los procesos y procedimientos constitucionales por la vía de la AP.



- *Sentencia TC/0046/12, del 3 de octubre de 2012, emitida por el TC*

La relevancia de esta decisión radica en la creación de la figura de la “inexistencia procesal”. El señor Amado Calcaño, recurrente en un recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, había fallecido antes de que iniciara el procedimiento de revisión, y sin embargo, su abogado apoderado continuó con el caso. El TC identificó la falta, argumentando: “*La falta en que incurrió el abogado consistió en redactar y depositar un recurso de revisión después de haber fallecido su representado, es decir, cuando ya el mandato había cesado.*” El TC consideró esta irregularidad como “aun más grave” que la nulidad sancionada por el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil, por lo que la actuación del letrado debía ser considerada como inexistente.

Esta decisión refleja la potestad de la justicia constitucional, de tomar figuras del derecho supletorio y adecuarlas a la realidad del sistema de justicia constitucional.

III. Conclusión y reflexiones finales

La Autonomía Procesal es una figura recurrente en la historia del constitucionalismo. Desde *Marbury Vs. Madison*, los tribunales constitucionales han creado, adecuado, redimensionado o dinamizado figuras procesales que permitan realizar la Constitución y los Derechos Fundamentales. En cuanto a su fuente de legitimación, la Autonomía Procesal puede ser delegada o voluntaria; en cuanto a su ámbito de acción, puede ser absoluta o relativa, y en cuanto a su posición frente a la ley, puede ser de choque o complementaria.

Los límites de la Autonomía Procesal son el principio de respeto a la división de Poderes, Prohibición de la arbitrariedad, Principio de seguridad jurídica y Respeto al ámbito de competencia.

En el contexto dominicano, puede definirse la Autonomía Procesal como la atribución del Tribunal Constitucional, con fundamento constitucional y legislativo, de crear, adecuar o dinamizar figuras procesales y procedimentales, a los fines de garantizar la Supremacía Constitucional y la protección de los Derechos Fundamentales.



En el caso dominicano, hablaríamos de una AP delegada, absoluta o relativa, dependiendo del caso, y de choque o complementaria. La jurisprudencia constitucional dominicana ha utilizado la figura de la Autonomía Procesal para integrar en nuestro sistema de justicia constitucional la figura del Amparo, el Bloque de Constitucionalidad, los principios que rigen el proceso penal, el sustento constitucional de la propia Autonomía Procesal, entre otros.

Como reflexión final, debo resaltar la importante y muchas veces difícil tarea de administrar justicia constitucional, sobre todo en casos donde la norma no existe, o aun existiendo, resulta inocua como paliativo de una distorsión constitucional. El 3 de mayo de 1907, en un discurso ante la Cámara de Comercio de Nueva York, el entonces gobernador del mismo Estado, Charles Evan Hughes⁴¹, dijo:

Estamos en un régimen donde predomina la Constitución, pero la Constitución dice lo que los jueces dicen que ella dice.

Dejemos que los jueces digan lo que es la Constitución, con los límites señalados, pero con la libertad que les permita trillar el camino hacia la Supremacía Constitucional y el respeto a los Derechos Fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier. *Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos*. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>

Carbonell, Miguel. MARBURY VERSUS MADISON: EN LOS ORÍGENES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE

41 A su salida como gobernador de Nueva York, Charles Evan Hughes fue nombrado como juez de la Suprema Corte, de 1910 a 1916, como secretario de Estado, de 1920 a 1925 y juez de la Corte Internacional de Justicia de 1928 a 1930. Finalmente, 23 años después de aquel discurso, sería electo para ocupar la presidencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.



- CONSTITUCIONALIDAD. Disponible en http://audiovisualesuca.com.sv/deptos/ccjj/media/archivo/4fa7a1_03carbonellmarburyvmadisonlosorigenesdelasupremaciaconstitucional.pdf
- Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales. Una propuesta*. 2da Edición. México. Citado por Héctor Fix-Zamudio. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/649/11.pdf>
- Eto Cruz, Gerardo. UNA PROBLEMÁTICA NO RESUELTA EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LATINOAMERICA ¿TIENEN AUTONOMIA PROCESAL LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES? Disponible en <file:///C:/Users/Alberto%20Fiallo/Desktop/Autonomia%20Procesal/Tienen-autonomia-procesal-los-TC-Eto-Cruz%20.pdf>
- Fiallo-Billini, Alberto. *La especial trascendencia o relevancia inconstitucional*, incluido en la obra *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho*, Liber Amicorum al profesor Allan Brewer Carías. Instituto Dominicano de Derecho Constitucional. Santo Domingo, República Dominicana. Mayo 2016.
- Fix-Zamudio, Héctor. *La Constitución y el Estado Social de Derecho*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/649/11.pdf>
- García Belaúnde, Domingo. *El Estado Social Revisitado*. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/25/dtr/dtr15.pdf>
- Landa, César. *Teoría del derecho procesal constitucional*. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2004.
- Martínez, Bullé-Goyri. *Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/136/art/art2.pdf>
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, España. 2000. P. 922.
- Rey Cantor, Ernesto. *Supremacía Constitucional*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/35.pdf>
- Rodríguez-Patrón, Patricia. *La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Cuadernos Civitas. Madrid, España. 2003.

Sentencias

- Resolución 1920, del 13 de noviembre de 2003, emitida por el pleno de la SCJ.
- Sentencia No. TC/007/12, del 22 de marzo de 2012 emitida por el TC.
- Sentencia TC/0038/12, del 13 de septiembre de 2012 emitida por el TC.
- Sentencia TC/0039/2012, emitida el 13 de septiembre de 2012.
- Sentencia TC/0046/12, del 3 de octubre de 2012 emitida por el TC.



Lic. Juan Fernando Durán Alba

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Valladolid. Abogado. Subdirector de la Revista General de Derecho Constitucional (editada por Iustel-Portal de Derecho, SA, desde 2016; secretario de la misma entre 2006-2016). Secretario de la Facultad de Derecho de Valladolid (2004-2008). Letrado de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional (2008-2014). Vicepresidente (2000-2004) y Presidente (2004-2007) de la Junta Electoral Central, dependiente de la Dirección General de Deportes de la Junta de Castilla y León, encargado de supervisar las elecciones en las federaciones deportivas castellano y leonesas. Vocal de la Junta Electoral de Castilla y León (2007-2008).

LIC. JUAN FERNANDO DURÁN ALBA

1. 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 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 infrecuente¹, 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 ordinarios², 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

1 Vid. sobre este particular Rodríguez-Patrón Rodríguez, Patricia: *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Thomson Civitas, Madrid, 2003, en especial pp. 19 y ss.

2 *Ibid.*, p. 27 y ss.



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 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 arbitrariedad³.

2. ¿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

3 *Ibid.*, p. 27 y ss.



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 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 “propiamente” 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 proclama-



das 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 exponerse–⁴ 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 Ejecutivo⁵, que en este particular no podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para desarrollar la Ley Orgánica

4 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.

5 Vid. Caamaño Domínguez, Francisco *et al.*: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. McGraw Hill, Madrid, 2000 (2ª ed.), p. 3.



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 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 agosto⁶, 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.

3. Autonomía procesal para interpretar el alcance de los requisitos de admisibilidad

3.1 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

6 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).



de responder a la denuncia de extemporaneidad del recurso de 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 extremo⁷. 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 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

7 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).



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 48/2003⁸.

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.

3.2 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

8 Véase la STC 168/2012, de 1 de octubre, FJ 4.



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 amparo⁹. 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?

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)¹⁰. En tercer lugar, por fin, junto con el criterio literal y

9 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 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”.

10 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



los propios precedentes, esta primera interpretación de la norma parecía encajar perfectamente con la *voluntas 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 general¹¹. Pero la cuestión es que la resolución, sin argumentos convincentes, no interpreta sino que manipula el tenor literal de la norma.

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).

11 STC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 2-5, la resolución cuenta con el voto particular discrepante del magistrado Aragón Reyes.



3.3 La objetivación del recurso de amparo a través del requisito de la espacial 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 ampliación¹².

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 se inadmitía por falta de especial trascendencia constitucional¹³. Una vez reconocido que la constatación liminar de que no hay lesión con-

12 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).

13 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.



tinúa 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 inadmisión¹⁴. 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 momento¹⁵.

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 de las controversias que habría de dirimir, deslizándose hacia los terrenos de la impartición de justicia, ocupados por la jurisdicción ordinaria¹⁶.

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

14 Por todos, AATC 134 a 147/2011, del 3 de noviembre, especialmente en el último fundamento jurídico de cada resolución citada.

15 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”.

16 La cuestión ha sido planteada con exhaustividad por Juan M.ª Bilbao Ubillas en “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, en especial en págs. 152 y sigs.



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 trata¹⁷, 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 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 legislativa¹⁸.

4. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y voluntad de las partes para disponer del objeto del proceso una vez admitido: el caso del desistimiento

4.1. 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

17 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 el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?”. *Justicia Administrativa*, núm. 59 (2013), p. 32).

18 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: “Poliórcetica 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.



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)¹⁹ 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. 55.2 y 75, *quinquies*, aptdo. 6º LOTC)²⁰, 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 suprallegalidad 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 seriados puede dar la imagen de un recurso a esta fórmula procesal poco escrupuloso, si bien

19 En concreto resultan de aplicación los arts. 19.1, 20.2 y 20.3 LEC.

20 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 establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes” (art. 72, *quinquies*, aptado. 6º, LOTC).



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 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 conflicto²¹. 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 jurídico²². 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 lo que es lo mismo, “la aplicación supletoria no puede ser indiscriminada”²³. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Consti-

21 *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.

22 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), I.

23 *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.



tucional, 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 impidan²⁴. Dichas circunstancias (o requisitos intrínsecos del desistimiento)²⁵, 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 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

24 “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).

25 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)



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 disponga²⁶, 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).

26 *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).



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 extraprocésal 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 dicho 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 oportunidad²⁷.

- 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”²⁸.

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).

27 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.

28 STC 2/1995, del 10 de enero, FJ único.



4.2 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)²⁹.

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 políticas³⁰, para concluir sin muchas explicaciones que el objeto de la controversia ni ha quedado resuelto ni es descartable que se reproduzca en el futuro³¹, 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 Pérez³². En ellos

29 Sobre este particular, Rodríguez de Santiago, José M.ª: “El desistimiento en el recurso de inconstitucionalidad”, *op. cit.*, en particular pp. 65 y ss.

30 “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),

31 “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” (*ibidem*).

32 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



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 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 acrílicas como la expuesta, pues a su juicio debiera desarrollarse una argumentación o justificación más trabada de la inexistencia de interés constitucional.

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.



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 alegaciones³³. 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 Sentencia por la relevancia de los derechos fundamentales concernidos (el art. 23 CE en tanto la norma controvertida se trataba de una reforma electoral).

33 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.



4.3. 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 reso-



lución 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.

5. 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.

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA Y FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE: IMPLICACIONES

Mag. Leyda Margarita Piña Medrano,
jueza Primera Sustituta del Presidente del
Tribunal Constitucional de la República Dominicana



Mag. Leyda Margarita Piña Medrano

Egresada con honores de la Escuela de Derecho de la UNPHU. Realizó estudios doctorales en la Universidad de París II: D.E.A. de Estudios Políticos y D.E.S.U. en Derecho Constitucional. Diplomada del Instituto de Estudios Políticos de París. D.E.A. en Psicología Social de la UASD y la Universidad Complutense de Madrid. Postgrado en Resolución Alternativa de Conflictos en la PUCMM y la Universidad de Valparaíso, Chile. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución en la Universidad de Castilla La Mancha, recinto Toledo. Maestría en Derecho Constitucional concentración Jurisdicción Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Universidad de Castilla-La Mancha. 2015.

Fue Miembro Titular de la Junta Central Electoral en el período 2006-2010. Coordinadora del Área de Reforma a la Constitución de la República en la Comisión de la Reforma y Modernización del Estado (1996-2000). Miembro de la Comisión de Juristas para la Reforma a la Constitución de la República (2006-2007). Miembro de la Comisión redactora del Código de Ordenamiento de Mercado y Protección al Consumidor (1998-2000).

Consultora del Programa de Apoyo para la Reforma y Modernización del Estado en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Administración Pública (2005-2006). Jurado en los concursos de la SCJ para aspirantes a jueces.

Ha sido profesora titular de Derecho Comparado, Historia de las Ideas Políticas y Filosofía del Derecho. Profesora invitada de la Unidad para la promoción de la democracia y docente en el programa de formación para jóvenes líderes de los partidos políticos en RD. Coordinadora Académica de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Miembro fundadora del Instituto de Derecho de Expresión e Inspiración Francesa (IDEF), capítulo RD.

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 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

1 DWORKIN, R. (2012). “*El Imperio de la Justicia*”; 2da Ed. Barcelona (ES): Geduda. p. 267; ISBN: 978-84-7432-323-8.



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 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

2 LUCAS VERDÚ, P. (1976) “Curso de Derecho Político”; 3ra Ed. Madrid (ES): Tecnos p. 1495.

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 político*”, 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 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.

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>

4 GARCÍA PELAYO, M. (1981) “El Status del Tribunal Constitucional”; Revista Española de Derecho Constitucional; Vol. 1, Núm. 1; Enero-Abril, 1981.



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 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...*”.

Aun 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

5 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.

6 PÉREZ-TREMPS, 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.



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.

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

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.



dicho poder no degenera en el absolutismo judicial, encuentra su punto de equilibrio en un elemento clave de la sentencia: su motivación.

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 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

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.



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 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 ra-*

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 Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed. México, Porrúa, t. III, p. 2775.



zón 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.
- 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.

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.

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 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,

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 CEFCCA; Santo Domingo, Rep. Dom.; noviembre de 2015.



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 constitucional deba resolver. Sin embargo, la naturaleza jurídica del precedente constitucional es la que corresponde a las normas jurídicas, en

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.

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 princi-



pio 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.

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*

18 ITURRALDE, V. (2013) “Precedente Judicial”; Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad; No. 4, marzo-agosto 2013, p. 195.

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.

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 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*

20 ITURRALDE, V. (2013). Ob. cit.



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”.

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.
- Cuando, a pesar de la existencia de una prescripción jurídica, esta no es suficiente para resolver el caso.

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 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”.

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*”.

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: 018-5200.

25 GOODHART, A. (1988). “El precedente inglés y el derecho continental”. Londres (GB), p. 161.

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 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.

26 GARROTE CAMPILLAY, A. (2012). Ob. cit.



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 deter-

27 BANKOWSKI, Z. (1997) "Las razones fundamentales de los precedentes. Interpretando precedentes. Un estudio comparativo". Ed. Ashgate; Dartmouth, EEUU.

minar en un precedente anterior cuál de las varias razones principales dadas por el tribunal constituye la *ratio vinculante*, cuando las razones tienen la misma 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.

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

28 MARIONI, J. G. (2013). “Precedentes obligatorios”. 1era Ed., Lima, Perú, Ed. Palestra, pp. 281-282.



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

29 ITURRALDE, V. (2013), ob. cit.



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 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

30 NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006), ob. cit.

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.

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”.*

Por otra parte, los efectos del precedente pueden ser observados por sus consecuencias con relación a una eventual inobservancia del mismo.

31 OLANO GARCÍA, H. (2011), ob. cit., p. 428.

32 Marioni, L. G. (2013); Ob. Cit.; p. 348



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 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.

33 CORIPUNA, J. A. (2007). “Estudios al Precedente Constitucional”, 1ra Ed., Lima, Perú. Ed. Palestra, pp. 129-130.

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 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.

34 LÓPEZ MEDINA, D. E. (2006). “Interpretación Constitucional”. 1ra Ed., Bogotá, Colombia. Unibiblos; p. 138.



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.

Leyda Margarita Piña Medrano

Jueza

Primera Sustituta del presidente

Tribunal Constitucional de la República Dominicana

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.

DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS VINCULANTES DE LA SENTENCIA

PANEL

Mag. Katia Miguelina Jiménez Martínez,
jueza del Tribunal Constitucional de la
República Dominicana

Lic. Marvin Carvajal,
director Jurídico de la Presidencia
y Constitucionalista costarricense

Mag. Gloria Porras,
jueza de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala



Mag. Katia Miguelina Jiménez Martínez

Nació en Santo Domingo, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana. Se graduó de Doctora en Derecho (*Magna Cum Laude*) en la Universidad Iberoamericana (UNIBE) en el año 1992, donde también realizó una Maestría en Derecho Constitucional. Obtuvo el título de Especialista en Estudios Judiciales (*Summa Cum Laude*) en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU).

Es jueza de carrera desde el año 1998, llegando a ocupar diversas posiciones dentro del escalafón judicial. Presidenta-Fundadora de Jueces Dominicanos para la Democracia (JUDEMO). Desde el mes de diciembre de 2011 ostenta el cargo de Jueza del Tribunal Constitucional.

Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional, en las Universidades Iberoamericana (UNIBE), Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Es docente en la Escuela Nacional de la Magistratura y en la Escuela Nacional del Ministerio Público. Directora para la República Dominicana de la Escuela Judicial de América Latina (EJAL). También ha servido como docente y conferencista en el extranjero.

Ha publicado varias obras entre las que se encuentran “Justicia y Medios de Comunicación. El conflicto a la luz del constitucionalismo”, “Derechos y Garantías. Seis aproximaciones al estudio de la cuestión”. “La constitución comentada por los jueces del Poder Judicial” y “Las Medidas de Coerción Personales. Un enfoque desde la teoría a la práctica”. También escribe para varios periódicos de circulación nacional y revistas especializadas tanto en el país como en el extranjero.

MAG. KATIA MIGUELINA JIMÉNEZ MARTÍNEZ

Determinación de los aspectos vinculantes de la sentencia. Un enfoque desde los conceptos de cosa juzgada, efecto vinculante y la fuerza de ley

I. Breve preámbulo

Una de las más destacables novedades de la Constitución dominicana de 2010 consiste en haber creado al Tribunal Constitucional para “*garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales*”, estableciéndose en su artículo 184 que “*Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado...*”.

Su naturaleza de órgano especializado en materia de control e interpretación de la constitucionalidad también encuentra cabida en su propia Ley Orgánica, marcada con el No. 137-11, del 13 de junio de 2011, al establecer, en su artículo 1, que el Tribunal Constitucional “*es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad...*”. De allí que en su artículo 7.13 se disponga el principio de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional como uno de los ejes cardinales del sistema de justicia constitucional.

Es apreciable que tanto el constituyente como el legislador hicieran especial énfasis en el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional. También, el artículo 31 de la Ley 137-11, antes mencionada, dispone que estas “*son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado*”.



Estos textos, los cuales fijan las bases normativas del precedente constitucional vinculante, se corresponden con la posición institucional del Tribunal Constitucional, en su condición de máxima instancia de interpretación de la Constitución, razón por la cual cobra especial importancia analizar los efectos y alcances que se confiere a las sentencias que dicta, con ocasión de procesos destinados a dilucidar la inconstitucionalidad que se imputa a determinadas disposiciones legales.

En efecto, como afirma el connotado jurista español Raúl Bocanegra Sierra, “*el papel atribuido al TC sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene ineludiblemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al TC, aun cuando sus pronunciamientos continúan siendo estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios*”¹.

La necesidad de que las sentencias del Tribunal Constitucional resuelvan definitivamente los litigios constitucionales, con su consecuente vinculatoriedad, es no solo una exigencia para el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas, sino también un requisito *sine qua non* para el mantenimiento de su independencia, enunciada en el referido artículo 184 de la Constitución y expresamente establecida en su Ley Orgánica en los siguientes términos: “*Es autónomo de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado*”, pues de otra manera difícilmente cumpliría su rol, que además de resolver los litigios constitucionales que le son sometidos, debe establecer criterios pacificadores hacia el futuro e impedir la sucesiva repetición de controversias, dotando de protección a la Constitución, a través de una adecuada interpretación de ella².

Como parte de este panel, debo abordar el tema de la determinación de los aspectos vinculantes de la sentencia, y para hacerlo, daremos unas pinceladas a unos conceptos que desde la óptica del derecho común nos permitirán asimilar las diferencias entre la sentencia ordinaria y la consti-

-
- 1 BOCANEGRA SIERRA, Raúl (1982), *Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán*, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, volumen 1, núm. 1, enero-abril 1981, p. 242.
 - 2 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012), Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 19, no. 1.



tucional, lo cual hará factible comprender los efectos y alcances del precedente constitucional, para entonces referirnos a las partes de la sentencia constitucional que vinculan.

II. Cosa juzgada, efecto vinculante y la fuerza de ley

El tema de los efectos de la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional suele ser abordado por la doctrina, considerando la distinción de tres importantes nociones: a) La cosa juzgada; b) El efecto vinculante y c) La fuerza de ley.

a) Cosa juzgada en las sentencias del Tribunal Constitucional

En lo concerniente a la cosa juzgada, existe unanimidad en la doctrina en reconocer el principio de cosa juzgada en las sentencias constitucionales. Empero, la especial naturaleza de los Tribunales Constitucionales, que es radicalmente diferente de la de los tribunales ordinarios, se revela de manera especial desde el ángulo de los efectos de sus decisiones, lo que implica que estas deben desplegar otros y más amplios efectos que los propios de la cosa juzgada, para cumplir de manera adecuada y equilibrada las funciones que le son propias.

Ha de recordarse que en las sentencias de los tribunales ordinarios se distingue la cosa juzgada formal de la cosa juzgada material. La primera implica un impedimento para la introducción de un nuevo recurso, o sea, la improcedencia o cierre de los recursos procesales contra esta. En cambio, la segunda, es decir, la cosa juzgada material, significa la inmutabilidad de un resultado procesal que cierra toda posibilidad de que se emita una decisión que se contradiga o se oponga a lo antes dictado. Además, la cosa juzgada en los procesos del derecho común, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias sobre control concentrado de constitucionalidad, solo alcanza a quienes han sido partes del litigio.

En lo referente a las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional, cabe recalcar que siempre adquieren la autoridad de cosa juzgada formal, por cuanto no cabría recurso contra estas.

Sin embargo, se sostiene que conceder a la sentencia constitucional los efectos de la cosa juzgada material implicaría que el asunto decidido



no pueda posteriormente replantearse en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición atacada.

Es por esto por lo que algunos ordenamientos jurídicos, entre los cuales se encuentra el dominicano, distinguen a las **sentencias de rechazo** de aquellas que lo son **de acogimiento** de la acción de inconstitucionalidad, para conceder o no el carácter de cosa juzgada. Así, el Art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, para el caso de **sentencias de denegación o rechazo**, opta por atribuirle efectos entre las partes envueltas en el proceso y no le otorga el carácter de cosa juzgada.

En cambio, según el artículo 45 de la referida ley, cuando se tratare de **sentencias de acogimiento** de la acción de inconstitucionalidad, entonces producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento o la interpretación que el Tribunal Constitucional decretó inconstitucional. Esa eliminación regirá a partir de la publicación de la sentencia.

Todo lo anterior nos debe llevar a la conclusión de que el carácter de cosa juzgada material de las sentencias del Tribunal Constitucional no siempre se produce, y está supeditado a que haya existido, efectivamente, fallo **de acogimiento** respecto de la constitucionalidad de la norma cuestionada, lo cual involucra el fondo de la cuestión. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse a tales aspectos.

Por ejemplo, sobre la cosa juzgada relativa se expone en la sentencia TC/0339/14, del 22 de diciembre de 2014. En la ocasión, se trató de un caso en el cual la Suprema Corte de Justicia, que para la época tenía a su cargo el control de la constitucionalidad de la ley, se pronunció sobre la Ley núm. 2334-1885, sobre Registro de los Actos Civiles, Judiciales y Extrajudiciales, del 20 de mayo de 1885. El Tribunal Constitucional, al constatar que la Suprema Corte de Justicia solo examinó el artículo 41 de la referida ley, al tiempo que rechazó la acción de inconstitucionalidad y la declaró conforme con la Carta Magna, determinó que *“la referida sentencia no ha causado, respecto al juzgamiento de inconstitucionalidad de esa disposición, el carácter de cosa juzgada”*³, razón por la cual accedió al examen de la acción de inconstitucionalidad, pues también se invocaron motivos distintos, y contrario al fallo supremo, la declaró inconstitucional.

3 Párrafo 11.4, p. 14 de la Sentencia TC/0339/14 del 22 de diciembre de 2014.



En definitiva, el Tribunal Constitucional juzgó que la acción de inconstitucionalidad que le fue promovida involucraba otras disposiciones de la ley, y se invocaban otros motivos que no fueron planteados a la Suprema Corte de Justicia, pues tampoco debe interpretarse que el solo hecho de que una sentencia de desestimación permite replantear el asunto de la misma forma sobre idéntico tema; tal cosa resultaría un contrasentido, dado que implicaría que el análisis de constitucionalidad que el órgano de justicia especializada ha realizado sobre un determinado asunto pueda ser promovido permanentemente. Es por ello por lo que el art. 44 le exige al Tribunal Constitucional que para denegar la acción, “*deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla*”. Lo recomendable es que el referido tribunal, en su análisis, pondere otras posibles razones de inconstitucionalidad, aunque no le hayan sido planteadas por el accionante, lo cual puede hacer al amparo del principio de oficiosidad⁴.

También ha dicho el Tribunal Constitucional que cuando existiera un pronunciamiento que solo examina vicios de forma, sin pronunciarse sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad, resulta válido un replanteamiento de la cuestión. En su Sentencia No. TC/0027/12, del 5 de julio de 2012, el Tribunal Constitucional decidió conocer de una acción de inconstitucionalidad, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia, en funciones de órgano de control de la constitucionalidad, había resuelto de una acción de inconstitucionalidad contra la Resolución No. 64-95 del Ministerio de Industria y Comercio, declarándola inadmisibile, con fundamento en que “*la acción a que se refiere el artículo 67 inciso 1 de la Constitución de la República tiene por objeto, exclusivamente, la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes en sentido estricto*”. Sin embargo, ese criterio fue posteriormente ampliado por el Supremo Tribunal, y una nueva acción de inconstitucionalidad contra la indicada resolución fue interpuesta por personas diferentes.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional accedió al examen de la nueva acción y estableció que las anteriores decisiones de la Suprema Corte no se habían pronunciado sobre el fondo de misma, pues dicho

4 El TC analizó el principio de razonabilidad en la Sentencia TC/0339/14 (párrafo 16.1), aun cuando tal cosa no fue promovida por los accionantes, siendo ese el motivo que dio lugar al pronunciamiento de inconstitucionalidad.



tribunal tan solo se limitó a pronunciar la inadmisibilidad, de tal suerte que se precisa de un pronunciamiento sobre el fondo y de acogimiento de la acción de inconstitucionalidad, para que la sentencia pueda adquirir el carácter de la cosa juzgada constitucional⁵.

En otros casos, y por el contrario a los anteriores, el Tribunal Constitucional ha verificado la existencia de cosa juzgada material. Por ejemplo, en su Sentencia TC/0158/13 del 12 de septiembre de 2013, en la cual se estableció lo siguiente:

“9.3. La cosa juzgada que se deriva de las disposiciones del referido artículo 45 de la Ley núm. 137-11, en los casos de acogimiento de la acción directa de inconstitucionalidad, no tiene el típico alcance de la cosa juzgada relativa de los procesos civiles que solo alcanza a las partes involucradas en dichos litigios, sino que se trata de una cosa juzgada constitucional; es decir, que por el carácter irrevocable e incontrovertido de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales orientadas a resguardar la supremacía y el orden constitucional, así como la protección efectiva de los derechos fundamentales, la presunción de verdad jurídica que se deriva de la condición de cosa juzgada, no solo atañe a las partes procesales, sino a todas las personas públicas y privadas por la vinculatoriedad erga omnes de los fallos del Tribunal. Dichos fallos no pueden ser impugnados ante ningún otro órgano del Estado dominicano, de conformidad con las disposiciones del artículo 184 de la Constitución de la República. 9.4. En tal virtud y en atención a las anteriores consideraciones, este tribunal, al constatar que la Sentencia TC/110/13, de fecha cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013), acogió una acción de inconstitucionalidad respecto de las mismas normas impugnadas en el presente proceso, procede en consecuencia a declarar inadmisibile la misma por existir cosa juzgada constitucional respecto del fallo señalado, de acuerdo con las disposiciones del artículo 45 de la Ley núm. 137-11”.

b) La vinculación de todos los Poderes Públicos y todos los órganos del Estado a las sentencias del Tribunal Constitucional

Cuando nos referimos a la cosa juzgada expresamos que, contrario a lo que ocurre con dicha noción en el ámbito del derecho común, las sen-

5 Ver Sentencia TC/0027/12 del 5 de julio de 2012, párrafo 7.4, p. 8.



tencias del Tribunal Constitucional deben desplegar otros y más amplios efectos que los propios de dicha noción, para cumplir de manera adecuada y equilibrada las funciones que le son propias.

A ello se debe esta especial forma de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues como se expresó, tradicionalmente la eficacia de la cosa juzgada material solo obliga a las partes que han intervenido en el proceso en relación con un mismo objeto, además de que la restricción de su autoridad reside exclusivamente en lo consignado en la parte dispositiva de la sentencia.

Justamente, y contrario a lo que ocurre con la cosa juzgada en las sentencias de los tribunales del orden judicial, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional se extienden más allá del caso concreto decidido, vinculando en casos futuros a todos los Poderes Públicos y órganos del Estado, alcanzando la sentencia, asimismo, no solo al tenor literal del *dictum* o dispositivo, sino también a aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo⁶ (*ratio decidendi*), es decir, “aquella parte de la fundamentación de la decisión de la que no puede prescindirse en la deducción del Tribunal sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie⁷”. En otras palabras, las consideraciones jurídicas de las sentencias constitucionales que hayan sido determinantes para emitir el fallo también son vinculantes.

Este efecto vinculante consiste en la obligación de respetar y acatar lo establecido en la sentencia constitucional, lo cual no solo comprende el cumplimiento del mandato que tales decisiones puedan dirigir a una autoridad, sino también el sometimiento de todos los poderes públicos y órganos del Estado a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento. Por el efecto *erga omnes* quedan incluidos los particulares y el propio Tribunal Constitucional.

¿Y puede el Tribunal Constitucional apartarse de su precedente? Lo expresado previamente no obsta para que el Tribunal Constitucional, siempre que exprese los fundamentos de hecho y de derecho, resuelva

6 BOCANEGRA, Raúl, obra citada, p. 261.

7 Maunz, citado por HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional*. [Fecha de consulta: 15 de agosto de 2016]. Disponible en https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/rev_jud_92/01-la%20vinculatoriedad.htm.



apartándose de su precedente⁸, posibilidad que obedece a la necesidad de no congelar los desarrollos constitucionales futuros, resultado que sería inevitable si el órgano juzgador estuviera también vinculado indefectiblemente a sus propias decisiones, pues con ello se impediría desarrollar nuevos planteamientos constitucionales.

En principio, opera una vinculación horizontal del Tribunal Constitucional a sus propios precedentes. De hecho, es muy usual en sus sentencias la mecánica de remitir a los precedentes que aplica en cada decisión, con lo cual exhibe un ejercicio de respeto por sus propias decisiones y de coherencia. Pero es saludable dejar abierta una vía para que el Tribunal Constitucional pueda ir adaptando flexiblemente la interpretación constitucional a las necesidades emergentes, por medio de la posibilidad de apartarse de su precedente, siempre que lo haga razonadamente.

El Tribunal Constitucional dominicano se ha apartado de sus precedentes cuando ha sido necesario un cambio de criterio (*overruling*). En su sentencia TC/0143/15, del 1 de julio de 2015, determinó que “*para el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales, no debe 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 30 días, suficiente, amplio y garantista, para la interposición del recurso de revisión jurisdiccional(...) 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*”. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional adoptó los recaudos para que los efectos del cambio de criterio no perjudicaran situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precedente que modificó, determinando que “*el criterio fijado en la TC/0335/14, relativo al plazo de la revisión jurisdiccional, solo será aplicado a los recursos incoados después de su publicación y hasta la entrada en vigor del nuevo criterio fijado en esta decisión*”.

También, el Tribunal Constitucional se ha apartado de su precedente empleando la técnica del *distinguish*, al haber comprobado que existen diferencias relevantes entre el caso que juzgó mediante el precedente y el

8 Ley No. 137-11, art. 31, párrafo I: “Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose de su precedente, debe expresar en los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión las razones por las cuales ha variado su criterio”.

9 Pp. 18 y 19 de la TC/0143/15 del 1 de julio de 2015.



que debe resolver en un momento posterior a este, razón por la cual la *ratio decidendi* del primer caso no puede aplicarse al segundo, exigiendo este último una solución diferente.

El Tribunal Constitucional dominicano aplica la técnica del *distinguish* en su sentencia no. TC/0290/14. En estos casos, desde la TC/0084/12, el Tribunal, en ocasión de recursos de revisión que le son presentados, ha considerado que la acción de amparo que cuya pretensión sea la devolución de bienes incautados por el Ministerio Público o por orden judicial, es inadmisibile. Las pretensiones cuyo objeto sea la devolución de dichos bienes deben ser tramitadas a través de la jurisdicción penal, específicamente en la persona del Juez de la Instrucción o del Juez Penal apoderado del caso.

En cambio, el órgano de justicia constitucional especializado determinó que en relación con el caso específico: “... *considera que la retención de los bienes propiedad del señor E.H.B.R. por parte de la Dirección Nacional de Control de Drogas (D.N.C.D.), sin que exista un proceso penal en su contra que lo involucre o que cuestione el origen o la adquisición de los mismos, configura una arbitrariedad que contraviene la Constitución y las leyes*”.

Más recientemente, en un fallo que se ha considerado un cambio de precedente trascendental, el Tribunal Constitucional optó por variar su criterio en lo concerniente a la fijación de astreintes en materia de amparo. Originalmente, había establecido, desde su sentencia no. TC/048/12, que la eventual liquidación del astreinte no debe beneficiar al agraviado, porque no se trata de una indemnización de daños y perjuicios. En la página 21 de dicha sentencia se determinó que “*la naturaleza de la astreinte es la de una sanción pecuniaria, que no la de una indemnización por daños y perjuicios, por lo que su eventual liquidación no debería favorecer al agraviado*”.

Tal posición siempre estuvo acompañada de nuestro voto disidente. Cuestionábamos incorrecto negar el carácter indemnizatorio de la astreinte como argumento para no atribuirle al accionante, pues esta siempre se ha caracterizado por ser una condenación pecuniaria, conminatoria, accesoria, eventual e independiente del perjuicio causado, pronunciada con el fin de asegurar la ejecución de una condenación principal. Además, resultaba un tanto contradictorio admitirle carácter indemnizatorio para beneficiar al Estado o al fisco. En las motivaciones de la sentencia se indica, al respecto, lo siguiente:



“b) toda vulneración a la Constitución y a un derecho fundamental, así como toda violación a una decisión de este órgano constitucional, genera un daño social, a cuya reparación¹⁰ el Tribunal podría, también, aportar...”.

Afortunadamente, este criterio fue modificado, pues el mismo estaba afectando el cumplimiento de las sentencias de amparo. Mediante la sentencia no. TC/0438/17 (cinco años después), el Tribunal Constitucional estableció que *“cuando el juez disponga que la astreinte beneficie al agraviado, no lo hará con el ánimo de otorgarle una compensación en daños y perjuicios o para generarle un enriquecimiento, sino con el propósito específico de constreñir al agraviante al cumplimiento de la decisión dictada”*. Argumentó que *“ese criterio obedece a que, de otro modo, el accionante que ha sido beneficiado por un amparo resultaría directamente perjudicado por el incumplimiento de la decisión emitida en contra del agraviante; inferencia que se aviene con el principio de relatividad de las sentencias de amparo y la naturaleza interpartes de sus efectos”*.

c) La fuerza de ley en las sentencias del Tribunal Constitucional

El significado que actualmente se atribuye a este concepto ha sido relacionado con la eficacia general o *erga omnes* de las sentencias constitucionales, y viene siendo una suerte de reforzamiento de la “vinculación”, en la medida de que extienden sus efectos a los poderes públicos y órganos del Estado, y la “fuerza de ley” se extendería no solo a estos últimos, sino más allá: también a todas las personas físicas y jurídicas, dado que la ley los obliga a todos, aunque no hubieren sido partes, como ocurre con la cosa juzgada o se tratare de los órganos del Estado, como sucede con los efectos de vinculación.

Sin embargo, nos parece que la vinculación de los particulares frente a las sentencias del Tribunal Constitucional no necesariamente radica en la “fuerza de ley” que se le atribuiría a sus sentencias, sino que viene dada por la propia Constitución, muy específicamente como consecuencia del

10 Subrayado nuestro.



principio de supremacía constitucional previsto por el artículo 6 de la Carta Fundamental dominicana, puesto que la sentencia que interviene declara la nulidad de pleno derecho del acto inconstitucional de que se trate, es decir, *erga omnes*¹¹.

Refiere Bocanegra Sierra, aludiendo a García de Enterría, que “en realidad, la atribución de efectos *erga omnes* a la sentencia confirmatoria de la constitucionalidad de una ley supone no otorgarle fuerza de ley, sino, nada menos que fuerza constitucional, como la doctrina más autorizada ha tenido ocasión de notar”¹².

En definitiva, no parece que la fuerza de ley añada una consecuencia relevante no comprendida en el efecto vinculante que ya examinamos.

III. Aspectos vinculantes de la sentencia constitucional. La *ratio decidendi*

Quizás, de los efectos que al concepto de “vinculación” de las sentencias del Tribunal Constitucional se le atribuyen como diferenciadores del de cosa juzgada, o simplemente como mero elemento integrante del mismo, el más notable es el de que la obligatoriedad de tales decisiones alcanza no solo a la parte dispositiva del fallo, sino más allá, también a los motivos, a las razones que han sido especialmente relevantes para la adopción de la decisión, de tal modo que no podría ser cambiada mediante deducción del Tribunal sin que el resultado, que está formulado en el fallo, cambie.

Efectivamente, el carácter del precedente consiste en el respeto de los criterios conformadores de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en la *ratio decidendi* o *holding* de la sentencia, y para su comprensión debe asumirse que la función de un Tribunal Constitucional es determinar la norma que emana de un enunciado constitucional para hipótesis específicas y su utilización uniforme por los diferentes tribunales, demás poderes públicos y órganos del Estado, vinculando así la conducta futura de órganos y personas, para evitar que infracciones constitucionales

11 Locución latina que significa “respecto de todos” o “frente a todos”.

12 BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Obra citada, p. 272.



vuelvan a repetirse, lo cual, sin duda alguna, no podría hacerse si solo el dispositivo de la sentencia fuere vinculante.

En adición, y siendo función del Tribunal la interpretación de los principios de la Constitución, en relación con lo cual el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que la hace posible, y por tal razón, el concreto conflicto jurídico planteado posee, frente a la correcta interpretación constitucional del Tribunal y a su futura utilización uniforme, por todos los órganos estatales, una menor significación, lo que conduce a la necesidad de extender la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional también a la *ratio decidendi*, *holding* o argumento esencial de la misma¹³, nada de lo cual comprende las consideraciones periféricas u *obiter dictum* de esta.

Como se sabe, la *obiter dicta* o “dicho de paso”, hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria. En otras palabras, son razonamientos que el tribunal enuncia al ir elaborando su discurso, pero que no son esenciales para la decisión final, de tal suerte que podríamos decir que son contingentes, por lo que tanto si se dicen como si no se dijeren, la resolución quedaría incólume, argumentalmente hablando.

IV. Conclusión

En definitiva, la superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de esta, que es el Tribunal Constitucional, el cual fue concebido como órgano de cierre del ordenamiento jurídico en materia constitucional, y los efectos y alcances de sus decisiones guardan relación con los especiales fines creadores de paz y seguridad jurídicas que el tribunal debe necesariamente cumplir.

A ello se debe esta especial forma de vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales no solo producen cosa juzgada para el caso específico, sino que conforme lo prescriben la Constitución y su

13 Geiger, citado por HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Obra citada.



ley orgánica, “constituyen precedentes vinculantes para todos los Poderes Públicos y órganos del Estado”.

En este mismo sentido, se hace indispensable determinar cuáles son los aspectos vinculantes de la sentencia, razón por la cual cabe distinguir los elementos estructurales de esta: el *dictum* o dispositivo, la *ratio decidendi* (razón para decidir) y la *obiter dicta* (razones periféricas), pues el efecto vinculante no se extiende a este último elemento, siendo la utilización del precedente restrictiva y limitada a casos análogos.

Finalmente, vale acotar que aunque se han dado algunos pasos, en aras de fortalecer una cultura del precedente como verdadera fuente de derecho, aún quedan muchos obstáculos por vencer. En efecto, se precisa que la comunidad jurídica en general reconozca los beneficios que se generan de la vinculación al precedente constitucional, empezando por las aulas académicas hasta la propia práctica, no solo ante los tribunales, sino en las actuaciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, demás órganos del Estado y todos los ciudadanos, de manera que acaten, de buena fe, en casos idénticos o de la misma clase, los principios determinados por el Tribunal Constitucional.



Lic. Marvin Carvajal Pérez

Licenciado en Derecho (Universidad de Costa Rica); especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca, España) y Doctor en Derecho Constitucional (Universidade de São Paulo, Brasil). Es Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en donde también ejerce como Profesor Asociado. Ha sido Profesor invitado en numerosas universidades extranjeras.

Es Docente en los procesos de formación judicial en Costa Rica y República Dominicana y Director de la Escuela Judicial de Costa Rica, cargo que también ejerce en el Centro de Capacitación Judicial para Centroamérica y el Caribe. En el ejercicio profesional se ha desempeñado como abogado litigante, Defensor Público y es ex-letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

MARVIN CARVAJAL PÉREZ

Estructura de la sentencia y efecto vinculante: el caso costarricense

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 pueden 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.

1 CARVAJAL PÉREZ, Marvin. *La configuración constitucional de los poderes del Estado*. Constitución y Justicia Constitucional. Heredia: Escuela Judicial. 2009. P. 168.



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 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,

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 *Ibid.* P. 97.

4 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar. 1999. P. 246.



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 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

5 MONTROYA 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.



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 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 9º del Código Civil de Costa Rica determina que:

“Artículo 9º:

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 7º 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.

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

6 Cfr. sentencias de la Sala Constitucional 1996-03150, 1193-03180, 1994-06694, 1995-05669, entre otras.



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 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 prece-

7 MONTROYA, op. cit., p. 75.

8 Ibid., p. 75.

9 STRAUSS, PL. *An introduction to Administrative Justice in the United States*. 1ª edición. Durham: Carolina Academic Press. 1989, p. 218.

10 MONTROYA. Ibid., p. 77.



dentes 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 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

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.

14 *Ibid.*, pp. 368, 369.



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.

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.

15 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1997, p. 59.



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 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 sentencia, 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 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.

16 MONTROYA, op. cit., p. 83.

17 BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente constitucional en Colombia*. Estudios del precedente constitucional. Lima: Palestra editores. 2007, p. 183.

18 MURILLO, M. *Carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional*, 2004, no. 105, p. 159.



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 darle 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 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 jurí-

19 ZAPATA LARRAÍN, op. cit., p. 371.

20 MONTOYA, op. cit., p. 85.



dica, 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.

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.
- STOEHLER 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.



Magistrada Gloria Porras

Es una abogada y notaria guatemalteca, es magistrada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Porras se graduó de abogada en la Universidad de San Carlos de Guatemala -USAC-, además posee una Maestría en Derecho Internacional Público también por la USAC. Ha trabajado en el Ministerio Público -MP- y en el Instituto de Defensa Pública Penal, en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala -OACNUDH- entre otras organizaciones.

Siendo la Presidenta de la Corte de Constitucionalidad -CC-, Porras fue reelecta en marzo de 2016 por el Congreso de la República de Guatemala como magistrada titular de CC 2016-2021.

MAGISTRADA GLORIA 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.



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 dudar, 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 la 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 ma-



nera 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 Pe-



nal. 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 Tribunal debe apartarse del criterio antes formado –en cuanto a la procedencia de la reposición cuando se cuestionaran vicios formales en la decisión de desestimación de la querrela–, al considerar que todo tipo de decisión que se adopte, en la que se desestime la querrela instada, puede ser cuestionada mediante el recurso de apelación especial, porque (...) *ese recurso procede para conocer aquellas decisiones que impidan la continuidad de la acción ya promovida, además de las que le ponen fin o impiden, esto es su desestimación. Lo anterior es sin perjuicio de que, si a juicio del querellante, en el caso de desestimación por un error formal que no imposibilite o impida la acción, el replanteamiento le fuera más favorable, no siéndole exigible en la jurisdicción ordinaria que deba agotarlo previo a la promoción de una nueva querrela con las subsanaciones del caso...*”.

CASO No. 4

EXPEDIENTE: 2175-2016

SENTENCIA DE FECHA: 31 de agosto de 2016

TESIS ANTERIOR

Para que una resolución sea revisable por el tribunal de casación, es requisito indispensable que esta sea definitiva y produzca efectos con-



clusivos; es decir, que ponga fin a la acción, a la pena o bien, al propio proceso.

Las sentencias anulativas dictadas por las Salas de la Corte de Apelaciones, al acoger recursos de apelación especial por motivos 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 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 declarar 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.



SEGUNDA
JORNADA
13 DE OCTUBRE DE 2016

LA VINCULACIÓN AL PROPIO PRECEDENTE

Dra. Marina Gascón Abellán,
profesora de la Universidad de Castilla La Mancha, España



Dra. Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad Castilla La Mancha, donde dirige el Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Su trabajo de investigación se ha centrado principalmente en cuestiones de filosofía política, bioética, justicia constitucional y de teoría de la argumentación, particularmente en los problemas de la prueba judicial. Entre sus publicaciones destacan: *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia* (1990); *La técnica del precedente y la argumentación racional* (1993); *La argumentación en el Derecho: cuestiones fundamentales* (2003); *Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos* (2005); *Freedom of Proof* (2005); *Calidad de las leyes y técnica legislativa* (2007); *Bioética. Principios, Desafíos y Debates* (2008); *Los límites de la justicia constitucional* (2008); *La prueba del nexo causal en la responsabilidad por daños* (2009); *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (3ª ed. 2010); *Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar* (2010); *Prueba científica: mitos y paradigmas* (2011); *Rationality and (self) Precedent* (2011); *Cuestiones Probatorias* (2012).

Ha traducido al castellano *El derecho dúctil* de G. Zagrebelsky (1995) y, junto con Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, ha traducido también *Principia Iuris*, de Luigi Ferrajoli (2011).

RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE

Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autprecedente¹

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 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

¹ Este trabajo fue inicialmente publicado en *Teoría & Derecho*, nº 10 (2011).



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 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.

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).



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 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 autoprecedente.

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*.

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.



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 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.

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



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 autopercedente

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 autopercedente sino también la del 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

los sistemas jurídicos de nuestro entorno” (cfr. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 108).

8 James Kent, *Commentaries on American Law*, 11^o ed., Little, Brown and Company, Boston, 1867, vol. I, pp. 519-20 (cit. por E. Sodero, “El cambio de precedentes”, cit., p. 525).



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 autoprecedente *no es, en sentido estricto, un instrumento 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

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).



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.

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 insta una única respuesta correcta. Esto es precisamente lo que ocurre cuando en un ordenamiento

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).



se establecen 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

En mi opinión, es precisamente MacCormick quien proporciona una explicación más ajustada del contenido de esta regla, al sostener que el

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.



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 autoprecedente 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 autoprecedente 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 autoprecedente, 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 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

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).



que exige a estos *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

Ahora bien, abandonar (o adaptar) el propio precedente no es algo que pueda hacerse sin más, sino que *conlleva una carga de argumentación*¹⁵ que supone a mi juicio: 1) no solo la *explicación ordinaria de*

15 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 argumentación*, cit., p. 265). Y Aulis Aarnio también piensa que “no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado



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.

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

como prevaleciente”, por lo que “necesariamente un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado” (*Lo racional como razonable*, cit., p. 260).



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 autprecedente. 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 autprecedente 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 constitucional¹⁶.

3. Cuestiones (vistas como) problemáticas.

Pese a que incluso en los ordenamientos de *statutory law* la regla del autprecedente 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

16 He analizado esta doctrina en *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.



o la composición del tribunal. La cuestión puede presentarse de las dos siguientes formas.

1ª) Si la regla del autprecedente 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 autprecedente 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 autoprecedente 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*¹⁷. 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.

17 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 personner” (tomo la referencia de Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, cit., p. 223).



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 autopercedente es la que aflora cuando los tribunales trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de estas. El problema 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 autopercedente 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 autopercedente?

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 autopercedente 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 aplicarse “también” a los casos nacidos en el pasado y pendientes de resolución (*retroactive overruling*)?¹⁸.

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

18 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.



vez establecido, *debería aplicarse a todos los casos que deban ser resueltos*¹⁹, 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*²⁰, o sea, a todos los 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.

19 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.

20 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).



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 frecuencia²¹. Es verdad también que en Inglaterra se atribuye al cambio de precedente *eficacia retroactiva* mientras que 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 retroactiva²². O sea, que si

21 “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).

22 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



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 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 cambio²³. 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 favorable²⁴.

y con la seguridad jurídica como exigencia mínima en garantía de aquellos. Pero las cosas no siempre son así.

- 23 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”.
- 24 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



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 aplicarse *retroactivamente*. Si es menos favorable o *más restrictivo* debería aplicarse solo *prospectivamente*²⁵.

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 autoprecedente 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 déficit más comunes en la aplicación de la regla del autoprecedente, pues algunos de ellos obedecen

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).

25 Discrepo, pues, de Eduardo Sodero, 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).



también a una mala interpretación de su naturaleza y requisitos. Estos déficit 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 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 reprochable, 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 autprecedente 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 autprecedente 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 constitucional²⁶, practica las sentencias *overruling* con demasiada alegría, y no solo por la cuestionable frecuencia con que se aparta de su línea jurisprudencial anterior sino también por la deficitaria justificación que de ello ofrece²⁷. Las decisiones *overruling* sin una justificación adecuada son siempre peligrosas, pero son mucho más peligrosas cuando las lleva a cabo un alto tribunal. Más aun 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”²⁸. 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

26 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).

27 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.

28 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).



correcto) *estén 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 autoprecedente 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 precedente²⁹. 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 autoprecedente, 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 abandono³⁰.

Cuando, por el contrario, se entiende que la regla del autoprecedente 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.

29 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).

30 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 *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).

LA FUERZA VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE REVISIÓN DE AMPARO Y DE LAS SENTENCIAS JURISDICCIONALES

Dr. Cristóbal Rodríguez Gómez,
profesor y abogado en ejercicio, República Dominicana



Dr. Cristóbal Rodríguez

Licenciado en Derecho por la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA). Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid. Realizó diplomado de estudios avanzados en Derecho Constitucional ante la Universidad Complutense de Madrid, casa de estudio por la cual es doctorando en Derecho Constitucional. Es socio fundador de la firma de abogados AEQUUS-Abogados Consultores. Se ha destacado en la docencia, desde 1999, impartiendo materias ligadas al Derecho Constitucional y como fundador, coordinador y profesor de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Ha participado en distintos cónclaves nacionales e internacionales celebrados ante la Facultad de Derecho de Georgetown University, la UNESCO, la Universidad de Sevilla, entre otros. Ha publicado varios ensayos en revistas internacionales y es coautor de las obras *La Constitución Comentada* y *Anuario 2012: Tribunal Constitucional de la República Dominicana*.

Buenas tardes. Estoy muy contento de estar aquí, en este en este escenario, compartiendo esta formidable experiencia con este conjunto de académicos, académicas, de jueces y juezas que nos visitan de otros países. Quiero agradecer al Tribunal Constitucional, no solo por haberme invitado, una vez más, a participar en este evento, que cuenta en esta con su tercera edición, sino agradecer también el hecho de que el Tribunal haya asumido, como parte de sus responsabilidades cotidianas, la labor de promoción del debate sobre los temas de Derecho Constitucional en el país. Yo pienso, después de casi 17 años, sin el casi de estar enseñando en las aulas, que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana se ha convertido en la más importante academia de estudio del derecho constitucional, por varios motivos. Primero, porque se han dedicado programas importantes de capacitación para jueces, abogados, periodistas, en la mayor parte de las provincias del país, porque organiza eventos como este, porque ha echado sobre sus hombros la responsabilidad de una labor editorial encomiable, que pasa por el rescate de una serie de textos que estaban un poco olvidados, por ahí, en los fondos de algunas bibliotecas, y los tenemos de nuevo, en reediciones del Tribunal Constitucional, para bien de todos y, además, porque hay una dimensión que tiene que ver con la obligación del estudio de las decisiones del Tribunal Constitucional, tanto en las academias como en el trabajo de la gente que nos ocupamos de este oficio en los tribunales y tenemos que estudiar las sentencias del Tribunal Constitucional, precisamente, y sobre todo, por el tema que nos convoca en este congreso, porque esas decisiones, al decir del artículo 184, que se ha repetido tanto y que se va a seguir repitiendo en este salón, hasta que terminemos, fundan precedentes vinculantes para todos los órganos del poder público, y hacia el final, vamos a ver por qué se habla de la vinculatoriedad del precedente para los tribunales, pero la Constitución dice mucho más que eso, y yo quiero que reflexionemos también sobre eso hacia el final de esta intervención.

Yo pienso que hablar del precedente en este contexto impone empezar por una precisión. Uno lo lee mucho en textos de Derecho Constitucio-



nal, escucha mucho la idea de que el precedente constitucional es una derivación; el precedente, mejor dicho, la noción jurídica de precedente es una derivación del derecho común de la tradición del derecho común. Eso casi que se ha convertido en un lugar común y, sin embargo, es una imprecisión importante, porque la verdad verdadera es que lo que surge de una dilatada tradición de precedentes es el derecho común, es decir, cuando el derecho común surge, lo hace porque jueces de la Inglaterra invadida por los normandos, hacia el año 1066 de nuestra era, cuando se desplazaban por las distintas localidades para, en nombre del rey, aplicar la justicia real, descubrieron que en esas localidades había una forma muy antigua de resolver las controversias que se suscitaban... muy antigua, y esos jueces luego se juntaban, yo me imagino que se juntaban en alguna taberna, en algún cafetín o en los equivalentes de los cafetines de la época, a compartir experiencias, y lo que descubrieron fue que en todas las localidades había el mismo método, la misma forma, el mismo procedimiento de aplicar, a los casos de hoy, los parámetros de resolución que ya se habían aplicado en el pasado. Entonces, el derecho común es la puesta en común de una técnica de resolución de controversias, no es otra cosa. El derecho común es la puesta en común, en todas esas localidades, de esa forma de resolver las controversias y los problemas; entonces, reitero, no es que el sistema del precedente es hijo del *common law*: es al revés, es el *commando* el que es hijo de esa forma de solución de controversias, y no tengo que decir que la expresión deriva de... cómo se llama eso... de una síntesis; no es la palabra correcta de una antigua expresión latina que era estar **diseases** resuélvase conforme a lo ya decidido, decídase conforme a lo ya dicho, esa idea, entonces, tiene una larga historia que no la vamos a hacer aquí, porque parte de ella la han contado los profesores que me han antecedido. Yo quiero, entonces, empezar examinando los orígenes del sistema de precedentes en la República Dominicana, y cómo eso se incorpora luego a la Constitución del año 2010, y cuáles son las repercusiones que esto representa, en términos del sistema de fuentes del derecho y en términos de la estructura jerárquica de nuestro sistema normativo. En 2003 nuestra Corte Suprema de Justicia emitió una resolución que se convirtió, en muy poco tiempo, en emblemática, la resolución 1920-2003, que era aquella famosa resolución mediante la cual se disponía la entrada en vigor anticipada de los 28 principios que integran la parte primera del articulado del Código de Procedimiento Penal en nuestro país. Si recuer-



dan, el código había sido aprobado el 27 de septiembre de 2002 y había sido dispuesta por el legislador una “vacación de ley” de dos años, es decir, el código entraba en vigor el 27 de septiembre de 2004. En septiembre de 2003, la Corte Suprema dispuso la entrada en vigencia anticipada de esos 28 principios, porque no eran principios del ordenamiento procesal propiamente dicho, aunque estuvieran en el código, sino que derivaban directamente del ordenamiento constitucional.

En esa resolución la Corte Suprema de Justicia, haciendo una lectura de la noción de bloque de constitucionalidad, planteó que en nuestro país, el sistema constitucional no se agotaba en los 122 artículos que tenía la Constitución entonces vigente sino que estaba integrado además por las normas del derecho internacional, por la interpretación que hacían los tribunales internacionales de esas normas y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, actuando como órgano de control de constitucionalidad de la ley. Ese es el antecedente más inmediato de lo que luego sería el artículo 184 de nuestra Constitución, como decía ayer el profesor y magistrado presidente del Tribunal constitucional, Milton Ray Guevara; esa es una resolución que por lo menos en ese aspecto, no tenía la fuerza, el vigor que sí tiene la que está contenida en el artículo 184 constitucional.

Yo he dicho que el texto del artículo 184, que dispone que los precedentes, que las decisiones del Tribunal Constitucional constituyen precedentes vinculantes para todos los órganos del poder público es el más trascendente de todos los que se refieren a la administración de justicia en nuestro país, absolutamente. Ese texto introdujo una revolución copernicana en la práctica judicial del derecho en nuestro ordenamiento, y esto es así, a mi juicio, porque nosotros venimos de una tradición, muy incisivamente cultivada en nuestra cultura particular, en nuestra lectura particular como República, de esa tradición muy curtida en la idea de que la sentencia de un Tribunal es apenas una fuente tangencial, secundaria, terciaria del derecho, que nadie, en ningún tribunal, está obligado a fallar de conformidad con los criterios de otro tribunal, ni siquiera de la Corte Suprema de Justicia, actuando como corte de casación, por mucho que se nos dijera en las aulas que la principal función de la casación era producir la unificación de la jurisprudencia nacional. Lo que implica la intercalación del artículo 184 es que la jurisprudencia pasa a formar parte del sistema directo de fuentes del derecho, pero hay algo más: no es solo que pasa a formar parte del sistema de fuentes directas del derecho, sino que entra a



ese sistema de fuentes por la puerta más amplia, en términos de su posición jerárquica, es decir, las sentencias del Tribunal Constitucional, en la medida que son el desarrollo de las previsiones de la Constitución a través de la interpretación que el Tribunal hace, forman parte del ordenamiento jurídico con un rango superior al de la ley; eso es lo que dice el artículo 184 de la Constitución. Entonces, por un lado tenemos una modificación del sistema tradicional de fuentes del derecho en nuestro país, y por otro lado tenemos una modificación de la estructura jerárquica de sistema jurídico de este sistema jurídico, y eso es un parteaguas, porque tiene muchas implicaciones y son muchas las cuestiones que vienen implicadas en esa disposición. Ayer, el profesor Milton Ray Guevara citaba el artículo 5 del Código Civil, que prohíbe a los jueces fallar, por medio de resoluciones generales, los casos que les son sometidos a controversia, y el artículo 17 del Código Civil de don Andrés Bello, del año de 1783, que se inspira directamente en esa disposición del código napoleónico, dice que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas, el clásico carácter relativo de las decisiones de los órganos de administración de justicia. Luego, la propia Constitución -y aquí entramos en uno de los aspectos que se denuncian en el título de esta intervención- contiene una previsión en el artículo 277, según la cual, las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada podrán ser revisadas por el Tribunal Constitucional, a condición de que hayan sido emitidas con posterioridad al 26 de enero de 2010, que es la fecha de entrada en vigor de la nueva Constitución, y esa disposición del artículo 277 constitucional es una consecuencia directa, necesaria, del contenido del artículo 184, es decir, si las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan a los jueces del orden judicial, a los tribunales del orden judicial, la única manera de garantizar la efectividad de ese mandato de vinculatoriedades es dándole, confiriéndole al Tribunal Constitucional potestad revisora para poner en el carril correspondiente aquellas decisiones o aquellas disposiciones de las decisiones judiciales que se aparten del precedente del Tribunal Constitucional. Los abogados y estudiantes que son de aquí, que son la mayoría, recordarán que hubo una discusión tremenda en el país cuando estábamos discutiendo la ley, el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, en ocasión de las disposiciones que regulaban el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales firmes



en la ley, mucha gente se oponía mucha gente se oponía, pretextando que la potestad revisora, por parte, digamos, reconocida al Tribunal Constitucional, era un atentado a la seguridad jurídica, porque los procesos se iban a convertir en interminables, obviando que lo que estaba haciendo el legislador era desarrollando un mandato expreso de la Constitución, es decir, el artículo 277 manda al legislador a regular la forma en que debe procederse para interponer ante el Tribunal Constitucional un recurso de revisión de decisiones jurisdiccionales, pero además, lo que atenta contra la seguridad jurídica, lo que hubiera atentado contra la seguridad jurídica hubiera sido lo contrario, es decir, nosotros tenemos un sistema constitucional en el que conviven el control concentrado de constitucionalidad de la ley con el sistema de control difuso de constitucionalidad de la ley, con lo cual, todos los jueces del ordenamiento en primer lugar, son jueces de la constitucionalidad.

El primer examen que debe hacer el juez es el de la compatibilidad de la norma en torno a la que debe resolver el caso, con la Constitución, y eso implica que todos los días, tribunales de la más variada jerarquía dentro de la estructura del sistema, están interpretando la Constitución y están fallando sobre el alcance del principio de autonomía del Banco Central, sobre el alcance de la potestad reglamentaria de la autoridad tributaria, sobre el alcance de la configuración del régimen de conflicto de competencias en nuestro ordenamiento. Todos los días, tribunales del orden civil, del orden penal, del orden administrativo, están interpretando la Constitución y, por tanto, es absolutamente inevitable el solapamiento, la contradicción de criterios, es inevitable que haya una especie de Babel jurisprudencial en el sistema, y la única manera, la única manera de resolver eso y mandar a la comunidad jurídica el mensaje de que el sistema jurídico tiene un órgano de cierre, que es el que decide cuál es la forma correcta en la que deben interpretarse las disposiciones que ya han interpretado los otros órganos del sistema de administración de Justicia, es si el Tribunal Constitucional tiene esa potestad: es la única manera.

No tengo que contarles la discusión... Ustedes recordarán que se llegó a decir aquí, inclusive, que el artículo 277 y la revisión, la potestad revisora puesta en manos del Tribunal Constitucional tenía como propósito abrir las puertas de las cárceles a una serie de personas que en ese momento estaban guardando prisión por unos procesos que se conocieron en el ordenamiento penal dominicano, relacionados a un fraude del



sistema financiero. Hubo ese tipo de especulación, que obligó a que al final del texto del artículo 177 se especificara que no, que era solamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, que la cuestión esa había sido resuelta antes... Ya no, pero eso es parte de lo que a la gente se le empieza a olvidar muy pronto. Hay algunas cuestiones que generan mucha tensión en un ordenamiento jurídico donde hay un sistema de precedentes constitucionales vinculantes como el que tenemos en nuestra Constitución, y esa tensión y esos niveles de conflicto que se suceden en ocasión de esa realidad son sencillamente inevitables. Si quiero referirme a algunos de esos aspectos.

El primero, y tal vez el más simple, es uno, que deriva del artículo 151 constitucional. El artículo 151 de la Constitución dice “las y los jueces del Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles, y están sometidos solo a la Constitución y las leyes”, pero dice el artículo 184 que las decisiones del Tribunal Constitucional obligan a los jueces a tomarlas en consideración como parámetro de sus decisiones, y entonces, esto viene a hacer realidad el carácter normativo, la condición de derecho positivo que adoptan las decisiones del Tribunal Constitucional, por lo cual los jueces tienen que respetar la Constitución, tienen que respetar la ley, pero también tienen que respetar las decisiones, los criterios contenidos en las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.

Uno puede, refinando un poco el argumento, decir que lo que pasa es que las decisiones del Tribunal Constitucional son Constitución, son parte del ordenamiento constitucional, y el mandato del artículo 151 constitucional, que obliga a la observancia de la Constitución a subordinarse solo a la Constitución y la ley, abarca las decisiones en una interpretación un poco más integrada de esas dos disposiciones constitucionales. El caso es que eso plantea conflictos; los hemos tenido, lo hemos vivido, por suerte, no con la intensidad con que muchos pronosticaron, casi con deseo de que sucediera, el famoso choque de trenes de que se hablaba durante la discusión de la reforma constitucional, pero si hay gente que no quiere, o sea, tribunales que no quieren -a nadie le gusta que lo obliguen a...- pero no hay duda de que en esa controversia sobre el criterio de tribunales del orden judicial, no importa su posición en la estructura jerárquica, y las decisiones del Tribunal Constitucional, estas últimas se deben imponer, es lo que dice la Constitución.



El precedente es, además, la materialización de una idea vieja en la discusión de teoría del derecho; la idea de la creación judicial del derecho, esa idea de que los jueces, cuando deciden sus casos haciendo un trabajo, a la vez que de decisión, de creación del derecho, la primera cuestión que está implicada en esto es la idea de que el derecho no se agota en la ley que ha sido discutida y aprobada por el Congreso y promulgada por el Poder Ejecutivo, es decir, el derecho no es un sistema cerrado de producción normativa, al cual los jueces deben obediencia ciega. Esto es lo que implica es que el sistema de producción de derecho deviene en un sistema abierto, permanentemente, a las posibilidades interpretativas del Tribunal Constitucional, con lo que esto implica en términos de la obligatoriedad de sus criterios para todos los demás tribunales, es decir, las ramificaciones hacia abajo, para decirlo de alguna manera, la creación del derecho por parte del Tribunal se convierte en norma obligatoriamente observable por todos los demás tribunales. Esa idea de que tenemos la ley, de que tenemos el Código, como decía Robert Alexis, cuando escribió libros sobre teoría de los derechos fundamentales, “el sistema jurídico alemán no se puede entender sin los 94 volúmenes (deben ser varios cientos más) de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional porque el derecho sigue recreándose cotidianamente”, entonces, ahí hay una cuestión también importante, que en nuestro caso, como país, representa una transformación relevante, que conduce a una discusión también antigua en la teoría del derecho, es decir, ¿cómo es que los jueces crean derecho? Y no que el derecho está fundado en una idea, en una exigencia de certeza de predictibilidad que deben al que tienen derecho los actores y los operadores del sistema, lo cual implica que la norma sobre la que los jueces toman su decisión preexiste al hecho sobre el que deciden la posibilidad de creación del derecho. Pareciera que esto permite o habilita al juez a tomar decisiones con base en normas construidas con posterioridad al hecho que está juzgando, y por lo tanto, hay una cuestión de tensión que se suscita respecto de la cuestión de la seguridad jurídica y respecto del problema de la confianza en el sistema, que es básicamente inexplicable una sin la otra. La profesora Marina Gascón hablaba de Dworkin, al final de su intervención. Esta es una cuestión de la que se ocupa Dworkin, en algunos capítulos de su libro clásico sobre los derechos y la potestad, la discrecionalidad judicial de los jueces para decidir derecho. Dworkin dice no, los jueces tienen el desafío de *encontrar* el derecho; el derecho está ahí, los jueces tienen que encontrarlo; no lo



pueden crear, porque si lo crean, rompen algunos parámetros o ponen en tensión algunas cuestiones, algunos principios sobre los que se han levantado casi todos los sistemas jurídicos en Occidente.

Hay otro tema que plantea una cuestión de conflicto y de tensión, y es el análisis del precedente a la luz del control de constitucionalidad de las leyes y su alcance. Decía al inicio que la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional no es algo que se predique solo respecto de los jueces, sino respecto de todos los poderes públicos y de todos los particulares. Eso es lo que dice el texto del artículo 184: *Constituyen precedentes vinculantes para todos los órganos del poder público*. Eso significa que todas las ramas del Gobierno, la legislativa, la ejecutiva, la judicial, por supuesto, encuentran límites materiales de actuación, no solo respecto del proceso de producción de normas en sede legislativa, sino respecto del proceso de adopción de políticas públicas respecto del Ejecutivo central, porque lo que significa es que las políticas públicas diseñadas desde el Poder Ejecutivo deben hacerse en consonancia con los criterios que respecto de las distintas áreas de políticas públicas vaya emitiendo el Tribunal Constitucional, ya sea en materia de asignación presupuestaria, en materia de efectividad, de la protección de los derechos sociales, en la materia que sea; pensemos en las sentencias exhortativas, es decir, el sistema, la forma en que se configura el régimen de precedentes en nuestro derecho trasciende en mucho el ámbito de la administración de justicia y alcanza el ámbito puro de las directrices políticas, y si la facultad controladora del órgano supremo de interpretación de la Constitución genera tensión respecto de los órganos de los demás órganos jurisdiccionales del Estado, qué no será cuando esa facultad se extienda a órganos que tradicionalmente asumen que no pueden estar subordinados al control de nadie y mucho menos de un Tribunal, y -dicen algunos- mucho menos de un Tribunal cuyos jueces no han recibido el favor del voto directo de la población, como recibieron los legisladores, como recibió el presidente de la República. Entonces, ahí hay otra cuestión que es una fuente potencial de conflicto, que es una derivación directa del tema que estamos tratando.

Se ha dicho ya de dónde es, qué deriva, cuáles son las razones que están detrás de esa idea de que debe haber un órgano de cierre en el sistema de administración de justicia y, sobre todo, de aplicación de la Constitución que trace la pauta de decisiones a los demás; la idea de la interdicción de la arbitrariedad asociadas, si creo al principio de igualdad es una de esas



de esas razones, es decir, la máxima según la cual, ante idénticos presupuestos, de hecho, deben aplicarse a idénticos presupuestos de derecho, no es sino la traducción al ámbito de la administración de justicia de ese principio general de igualdad, los hechos iguales se resuelven conforme a criterios jurídicos iguales, inclusive el propio Tribunal la auto vinculación a su propio precedente de la necesidad de seguridad jurídica ya lo hablaba, lo comentaba hace un momento y de y de confianza que tiene la gente de decir sí las decisiones, sobre todo del Tribunal Constitucional, son derecho positivo, la gente tiene derecho a actuar bajo el supuesto de que ese derecho se va a aplicar siempre hay una expectativa, eso que los administrativistas llaman una confianza legítima en que eso sea así, cuando eso no es así, esa confianza se ve defraudada y la seguridad jurídica se tambalea, entonces, esa es otra cuestión que explica y justifica en gran medida la idea de la existencia de un sistema de precedentes.

Hay dos cuestiones últimas, yo creo que ya se me acaba el tiempo. Sobre el tema de la derogación gracias del precedente, yo creo que el error, bueno, que sería un horror que el error no sea una causa para que los jueces vuelvan sobre sus decisiones, o sea, la constatación de que nos equivocamos. Lo decía la profesora Marina Gascón hace un rato, creo que es una causa como que no amerita ni siquiera que se discuta, o sea, no podemos, no es racional, darse cuenta, darnos cuenta de que nos equivocamos y seguir en el error, esa idea del error como causa de derogación del propio precedente estuvo muy, muy, muy presente, en la discusión constitucional en los Estados Unidos, en el contexto de la gran crisis económica y todo el proceso de reconstrucción del nuevo pacto y el trabajo activo de la Corte Suprema de Justicia en todo ese proceso, es decir, eso fue tan intenso, el trabajo de revisión de decisiones sobre la base de que se habían cometido errores en el pasado que en el año 1937, en julio de ese año, se llegó a contabilizar la derogación de 14 disposiciones de decisiones anteriores de la Corte Suprema de Justicia, que llevaron al juez Felix Frankfurter a decir pero la sentencia, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia es lo que más se parece a un billete de tranvía cerrado, es decir, solo para ese tren y solo para esa hora y, por supuesto, eso genera incertidumbre, porque la idea de que él, desde que el error pueda llevarte a revisar tu propio presidente, tampoco puede ovise para introducir un régimen de incertidumbre irracional en el sistema, es decir, entre la posibilidad de revisión del criterio y la exigencia de estabilidad hay un punto medio que es en el



que deben actuar los jueces del ordenamiento y, por supuesto, la transformación permanente de la sociedad del sistema económico, del clima ideológico dominante en la sociedad, también son motivos que llevan a volver sobre decisiones previamente adoptadas y con esto voy a concluir. Una corte, un Tribunal Constitucional no siempre, pero muchas veces es un reflejo del universo ideológico que se expresa en la sociedad y por tanto, lo quiero poner con ejemplos, hay razones bastante racionales, bastantes razonables hay argumentos bastantes razonables para defender limitaciones importantes a los derechos de autonomía reproductiva de la mujer, por ejemplo, y esos argumentos normalmente son de orden ideológico, tienen que ver con preconcepciones de índole religiosa, de moralidad política, absolutamente válidas en la sociedad y lo que eso significa es que un Tribunal Constitucional, conformado en términos de su membresía mayoritariamente por jueces afectos a una determinada forma de entender a una determinada lectura de moralidad política, es tan válida, tan válida, claro, eso tiene límites, como la lectura que sobre el mismo tema y sobre otros presupuestos de moralidad política, puedan hacer otros jueces en el futuro.

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA
SENTENCIA CONSTITUCIONAL E
INDEPENDENCIA JUDICIAL
PANEL

Mag. Hernán Antonio de León Batista,
juez de la Corte Suprema de Justicia, República de Panamá

Mag. Bernabel Moricete,
juez Presidente de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y
Adolescentes de La Vega, República Dominicana



Dr. Hernán Antonio de León Batista

Magistrado Presidente encargado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá desde el 1° de febrero de 2018. Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia. Período 2016-2017. Presidente de la Sala Civil desde enero 2016 a la fecha. Coordinador del Pleno del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios desde el año 2012; fecha en que inició período de Magistrado de la Corte.

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.

ABSTRACT: The authors discuss the impact of the Constitutional Courts decisions, in its role as the supreme interpreter of the Constitution, on the other branches of government, particularly the government itself and the Congress, especially when its sentences are about the meaning and scope of fundamental rights, such as the right to life of the unborn. Besides, they sustain that the precedents that this kind of sentences stand, can't be ignored neither by the Constitutional Court itself nor by the government entities in their future decisions, insofar the fundamental rights are an unbridgeable barrier for the legislative branches.

Keywords: precedent, constitutional interpretation, fundamental rights.

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 filosóficojurídico, 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 filosóficojurídica 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 filosóficojurídico 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 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*

1 ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales” (traducción de Ernesto Garzón y Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 23.



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.”

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 que-



remos 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

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.



derecho y el impacto de este fenómeno en los procesos de interpretación 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 prescindiera 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

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.



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 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 negativa-*

6 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “*Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*”. Santiago, Librotecnia. 2006, p. 151.



mente 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 conducente⁷⁷. 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 eficacia⁷⁸”.

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 exista. Evidentemente, esta tesis

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.



de creación interpretativa no puede llegar a los extremos de 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, 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

9 GUASTINI, Riccardo. “Teoría e ideología de la interpretación constitucional” (Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta), 2008, p. 47.



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

10 NOGUEIRA, op. cit., p. 169.



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 aun, 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 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

11 GUASTINI, op. cit., p. 47.



derechos fundamentales de la persona humana; la segunda es que solo se justificaría desestimar un precedente cuando este revela ser errado y 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

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.



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 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.

13 NOGUEIRA, op. cit., p. 275.

14 BIDART, op. cit., p. 131.



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 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 *mínimum 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 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”.

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.



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 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

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.



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 simple-



mente 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 encontrar 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 aun. 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

- ALEXU, 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.



Magistrado Bernabel Moricete

Licenciado en derecho en la Universidad Tecnológica del Cibao. Magister en Derecho Constitucional en las Universidades de Universidad de Castilla-La Mancha y Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha, así como diversos diplomados. Cuenta con múltiples seminarios Realizados y actualmente Juez Presidente Corte DE Apelación .N.N.A. La Vega

MAGISTRADO BERNABEL MORICETE

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 Legislativo”*, 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?

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].

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.



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

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



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 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

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



competencia para conocer del control concentrado de constitucionalidad. Aunque aquella Constitución no estableció de forma 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

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.



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 aparece, 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 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

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”.



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 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.

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

7 Ídem.

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 esta 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”.



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* 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”.

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 Constitución respecto a los demás poderes¹². En tal contexto, asuntos de

9 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]

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).

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



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,

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 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”.



“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 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.

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 concurran 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 haya 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”.



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 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

17 SAGÜÉS, ob. cit., pp. 192-193.



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 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 426¹⁸ (§9.C). Una decisión en la que los propios votos disidentes marcan la pauta sobre la 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

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. Manifestar 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 los recursos 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.

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”.



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 “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 [...]*,”

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



el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor²¹. 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 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.

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

**EFEECTO FUTURO DEL CAMBIO
DEL PRECEDENTE
PANEL**

Lic. Nassef Perdomo,
profesor universitario y abogado en ejercicio,
República Dominicana

Magistrado Rafael Díaz Filpo,
juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana



Lic. Nassef Perdomo

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Es profesor de grado en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y de posgrado en la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Autor del libro *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano 2012-2014*, socio del bufete *Acosta Perdomo abogados & consultores*.

El efecto en el tiempo del cambio de precedente, problemática formal y sustancial

I.- Introducción

En su constante pugna por definir los ámbitos y formas en los que puede ejercerse el poder político, el constitucionalismo ha experimentado con diversas fórmulas que le permitan garantizar la supremacía de la Constitución. La más socorrida es la creación de mecanismos a través de los cuales los jueces tienen la última palabra sobre el contenido y significado de la Carta Magna.

Vale decir, se ha puesto en manos de los tribunales el control de la constitucionalidad de las normas y actos en el ordenamiento jurídico, quedando con la última palabra sobre el significado del texto constitucional.

A muy grandes rasgos, estos mecanismos pueden ser clasificados en variaciones de dos tipos de control de la constitucionalidad: el control concentrado y el control difuso. En el primero, las normas se atacan directamente y pueden ser anuladas por el tribunal encargado de examinarlas, si encuentra un conflicto con la Constitución. El control difuso, por su parte, implica el examen de la constitucionalidad de las normas en el transcurso de la solución de un caso en particular. El tribunal, que puede ser o no un tribunal supremo, puede inaplicar la norma por inconstitucional.

Ocurre, sin embargo, que la organización de los sistemas jurisdiccionales y de recursos puede incrementar la complejidad del sistema de



garantía de la supremacía de la Constitución; sobre todo cuando entra en juego la necesidad de garantizar los derechos fundamentales. Esto no siempre se reduce a la anulación de una norma o su inaplicación, sino que en muchas ocasiones crea vías de recurso que tienen como consecuencia que los tribunales se pronuncien sobre el significado de la Constitución, al margen del control concentrado o difuso de la constitucionalidad.

Un buen ejemplo es el amparo¹, que puede llevar, y de hecho, lleva, a los tribunales a pronunciarse sobre el significado y alcance de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Esta dinámica obliga entonces a fijarnos no solo en los mecanismos procesales mediante los cuales se acude a los tribunales, sino también en el objetivo común que tienen todos ellos: que los jueces digan qué es lo que dice la Constitución.

En esta última idea encontramos el hilo conductor que une a todas las instituciones procesales del derecho procesal constitucional comparado. Y es, en esencia, lo que discutimos hoy. ¿Qué dicen los jueces? ¿Cuál de todos los tribunales tiene la última palabra? ¿Cuándo surte este efecto en el ordenamiento jurídico? ¿Cómo adquiere estabilidad? ¿Qué ocurre cuando cambia la norma?

En el caso dominicano, el sistema jurídico brinda respuesta a estas interrogantes a través del precedente obligatorio. Es decir, la capacidad del Tribunal Constitucional de obligar a todos los órganos y personas a aplicar su interpretación del significado de la Constitución.

Pero esta es la respuesta corta, que no toma en cuenta los problemas que se presentan cuando la norma se enfrenta a la realidad de su aplicación.

Para abordar este problema debemos tratar varios puntos:

- a) El fundamento y función del precedente;
- b) las consecuencias de la existencia de la figura del precedente;

1 Nombre por el cual se llama, en República Dominicana, a la acción mediante la cual una persona procura la garantía de sus derechos fundamentales ante un tribunal, en ausencia de un conflicto de legalidad ordinaria. Está previsto por el artículo 72 constitucional y los artículos 65 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales.



- c) el contexto jurídico en el que existe;
- d) su justificación y estabilidad;
- e) el efecto de los precedentes en el tiempo; y
- f) los efectos del cambio de precedentes.

II.- Función y fundamento del precedente

El precedente obligatorio es una institución novedosa en el derecho constitucional dominicano. Le precedieron tanto el control de la constitucionalidad por la vía difusa como el control concentrado. Efectivamente, si se revisan los textos constitucionales dominicanos no es posible encontrar referencia al precedente obligatorio sino hasta la reforma constitucional de 2010, año en el que no por coincidencia, se crea también el Tribunal Constitucional.

Lo anterior deja claro que el control de la constitucionalidad puede existir sin el precedente obligatorio. Por tanto, debe considerarse al precedente obligatorio como una herramienta de un diseño particular del control de la constitucionalidad y no como sinónimo del control, mismo. Todo esto nos lleva a analizar cuál es el papel del precedente obligatorio y su configuración en el ordenamiento jurídico dominicano.

II.1.- El papel del precedente y el *stare decisis* en la justicia constitucional

El constitucionalismo, como forma de gobierno, tiene como encomienda la difícil labor de armonizar dos ideas en conflicto: la soberanía popular y la supremacía de la Constitución. La búsqueda de este equilibrio precario encontró temprana respuesta en la facultad de los jueces de estatuir sobre el significado de la Constitución y la posible anulación de las normas que entren en conflicto con ella.

El cumplimiento de este papel otorga a los jueces la capacidad de cierre de los conflictos que involucren a la Constitución. Así lo señaló el juez



Marshall, en la celeberrima decisión *Marbury v. Madison*² de 1803. En esta decisión, redactada por Marshall, la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció –sin que estuviera expresamente previsto en la Constitución– el sistema conocido como *judicial review*, bajo el argumento de que los jueces están obligados a aplicar la Constitución antes que la ley cuando perciben una controversia entre ambas³. Esto así porque, en opinión de la Suprema Corte, mientras que es posible que la Constitución y una ley contraria a esta coexistan en el tiempo, no es posible que ambas sean aplicables a la vez. El Poder Legislativo no puede, por medio de una ley, anular el deber de los jueces de aplicar la Constitución.

Como la Suprema Corte es el tribunal de mayor jerarquía en el sistema estadounidense, esto tiene como consecuencia que sus decisiones en materia de constitucionalidad solo pueden ser revocadas por ella misma o por medio del difícilísimo proceso de reforma constitucional.

La solución expuesta en *Marbury v. Madison* al conflicto entre la ley y la Constitución no era la única conclusión posible al problema de la supremacía constitucional y el papel de los jueces en su garantía. En *The people themselves*, Larry D. Kramer explica muy detalladamente cómo las ideas de Marshall habían sido objeto de discusión durante los primeros años de la república estadounidense. Solo muy paulatinamente pasaron a

2 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

3 Fragmento de *Marbury v. Madison*: “*If an act of the Legislature repugnant to the Constitution is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the Courts and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory, and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration.*

It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. [p. 178].

So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.” En (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html). Visitado por última vez el 19 de septiembre de 2016.

Es necesario señalar que la vinculatoriedad de las decisiones de la Suprema Corte de cara a los estados que conforman la federación fue afirmada por la sentencia *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Esta decisión cerró el debate jurídico en torno a la resistencia de los estados del sur estadounidense a aplicar las decisiones que beneficiaron a los ciudadanos negros en su búsqueda de la igualdad.



ser aceptables, sustituyendo otros mecanismos de garantía e interpretación de la Constitución⁴.

El resultado del desarrollo estadounidense de la justicia constitucional se sintetiza en dos frases de grandes juristas estadounidenses. Por un lado, Charles Evans Hughes afirmó que “*Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces digan que es (...)*”⁵. Mientras que por otro, el juez Robert H. Jackson afirmó, refiriéndose en la sentencia *Brown v. Allen* a la propia Suprema Corte de la que formaba parte que: “*No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra*”⁶.

Se conjugan, entonces, dos elementos que son comunes a los sistemas en los que existen la justicia constitucional: 1) Los jueces interpretan la Constitución⁷; y 2) Existe un órgano jurisdiccional superior cuyas decisiones no pueden ser cuestionadas ante otro.

4 Kramer, Larry D *The People themselves* New York: Oxford University Press, 2004, sobre todo, pp. 93-128.

5 Esta frase de Evans Hughes ha sido tenida por muchos como una expresión lapidaria de la supremacía judicial. Sin embargo, esta es una visión incorrecta de lo dicho por Hughes. En primer lugar, aunque luego fue presidente de la Suprema Corte de Justicia estadounidense, la frase no proviene de una sentencia, sino de un discurso pronunciado por Evans Hughes en 1907, ante la Cámara de Comercio de Elmira, mientras era gobernador del Estado de Nueva York. Hablando en el contexto de un conflicto por una ley, lo que Evans Hughes afirmó no fue la supremacía de los jueces, sino precisamente la necesidad de evitar convertirlos en los árbitros de conflictos de índole puramente política. La frase completa es “*Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces digan que es, y la judicatura es la garantía de nuestra libertad y nuestra propiedad bajo la Constitución. No quiero ver un ataque directo a las cortes, ni tampoco un asalto indirecto. Y les digo, damas y caballeros, no podría hacerse un asalto más insidioso contra la independencia y estima de la judicatura que cargarla con estas cuestiones de administración -cuestiones que tocan de cerca la impaciencia del público, y sobre las cuales el público insistirá que la administración la hagan funcionarios que le respondan directamente a él*” (traducción del autor), Evans Hughes, Charles *Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York*, New York: G. P. Putnam's Sons, 1907, p. 139.

6 En este caso, como en el anterior, a veces suele confundirse el significado de la cita. El juez Jackson no hacía en su voto concurrente un reclamo de autoridad, sino que se limitaba a señalar el hecho obvio de que la razón por la cual las decisiones de la Suprema Corte eran jurídicamente incuestionables no está relacionada con la calidad de las mismas, sino con el hecho de que no existe un tribunal supremo al cual recurrirlas. Esto las hace finales y es lo que les brinda su autoridad. Ver el voto concurrente del juez Robert. H. Jackson en la sentencia *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953). La traducción se debe a Humberto Nogueira Alcalá, en *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur*, publicado en la Revista *Ius et Praxis* Año 10 N° 1:113-158, 2004, disponible en (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005). Última visita, 20 de septiembre de 2016.

7 Existen sistemas, como el francés, en los cuales estas funciones no son llevadas a cabo únicamente por órganos jurisdiccionales. El tema desarrollado en el presente trabajo presupone que estas funciones son llevadas a cabo por órganos jurisdiccionales.



Estas decisiones últimas brindan predictibilidad al sistema, permitiendo que las personas que acuden a la justicia tengan una idea más o menos clara de cuál será la solución que los tribunales brindarán a sus conflictos⁸. Con su decisión, el tribunal encargado de la última palabra en cada sistema sienta un criterio que es seguido por todos los tribunales inferiores. Como no existe una autoridad jurisdiccional superior, solo la modificación de la Constitución, o un cambio de opinión del mismo tribunal pueden hacer variar este criterio. Esto es lo que conocemos como precedente. De esta forma se brinda coherencia al sistema de justicia constitucional.

Para que los precedentes constitucionales puedan cumplir con el papel anteriormente señalado, es necesario que sean coherentes y estables las líneas jurisprudenciales del tribunal encargado de dar cierre al sistema. Ahora bien, si las decisiones de este tribunal no pueden ser revisadas por ningún otro, entonces el único mecanismo para mantener dicha estabilidad es a través de la autodisciplina del tribunal. Esto así porque la ausencia de control externo implica no solo que son definitivas, sino también que pueden variar constantemente, sin ningún tipo de control. Esto tendría el efecto contrario a la predictibilidad que se busca a través de las jurisdicciones constitucionales.

Como bien señala Flavio Darío Espinal:

La invocación de los principios de igualdad y seguridad jurídica como fundamentos del carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional presuponen un elemento primordial que ha estado subyacente en esta discusión: la supremacía de la Constitución como expresión de la voluntad del pueblo a la cual deben someterse los poderes constituidos. Un orden jurídico y político que tenga una Constitución, pero que no tenga mecanismos para hacer valer una determinada interpretación de la misma equivale a dejar que cada quien haga su propia interpretación, lo que necesariamente subvertiría y dejaría sin valor y eficacia el principio de la supremacía constitucional⁹.

8 Spriggs II, James F.; Hansfor, Thomas G. "Explaining the overruling of U.S. Supreme Court Precedent" en *The Journal of Politics*, Vol. 63, No. 4. (Nov., 2001), pp. 1091-1111, p. 1092.

9 Espinal, Flavio Darío. "La fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional", en <http://fdelegal.com/v2/la-fuerza-vinculante-de-las-decisiones-del-tribunal-constitucional-2/>. Visitado por última vez el 15 de septiembre de 2016. Publicado originalmente en la Revista de Ciencias Jurídicas, Volumen I, No. I, septiembre 2013.



Esta es también la posición del Tribunal Constitucional, que en su sentencia TC/0181/15 del 10 de julio de 2010 estableció que:

o) Conviene indicar que el sentido pleno de lo dispuesto por el citado texto del artículo 184, se alcanza cuando se lo analiza conjuntamente con el artículo 6 constitucional. Este texto establece, ampliándolo respecto de la Constitución anterior, el principio de supremacía constitucional y dispone la nulidad de toda norma jurídica que le sea contraria. Se puede afirmar que el artículo 184 es una prolongación necesaria del artículo 6.

p) El otro elemento importante a destacar es que, el texto bajo análisis, le confiere a este Tribunal Constitucional la misión de “defensa del orden constitucional”, interponiendo todos sus esfuerzos para hacer que se respete el orden constitucional, al igual que sus precedentes. Como podrá entenderse, este segundo aspecto plantea exigencias mayores al Tribunal Constitucional, puesto que la necesidad de defensa del orden constitucional remite a la existencia, real o potencial, de una amenaza tal que podría implicar a desobediencia o la subversión de la vida institucional en su totalidad.

Lo dicho por el Tribunal no es sino consecuencia de lo querido por el Constituyente, quien diseñó un sistema de garantías de la supremacía constitucional que depende de la efectividad que tienen las decisiones del Tribunal Constitucional.

La estabilidad se logra a través del *stare decisis*, que es el principio jurídico que establece que todos los casos iguales deben ser decididos de la misma forma. Bajo el *stare decisis* los jueces deciden cuáles precedentes son aplicables para el caso que conocen, y cada caso tiene el potencial de convertirse en un nuevo precedente¹⁰.

El sistema estadounidense de justicia constitucional –que tiene grandes influencias del *common law*– guarda grandes parecidos con el control

10 Puede encontrarse una breve, pero excelente explicación sobre el *stare decisis* en Legarre, Santiago y Rivera, Julio César. “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33. No. 1, pp. 109-124, 2006. La versión en línea se encuentra en (http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007), visitada por última vez el 16 de septiembre de 2016.



difuso de la constitucionalidad en República Dominicana¹¹. En este tipo de control las cuestiones sobre la constitucionalidad de las normas se presentan como medios de defensa en casos concretos, por lo que tienen una naturaleza incidental. Por este motivo, en principio, la decisión solo surte efecto entre las partes litigantes. Los jueces pueden pronunciarla de oficio y su decisión no es vinculante, aunque en los hechos –y fruto de la aplicación del *stare decisis*– tienen un efecto de irradiación que unifica la jurisprudencia.

Los sistemas de justicia constitucional en los que ha prevalecido el diseño kelseniano han llegado a la misma meta, aunque por distinto camino. En esta tradición, el sistema de garantía de supremacía de la Constitución depende de un órgano que centraliza esta función y cuyas decisiones son oponibles *erga omnes*. Se atribuye a Hans Kelsen la creación de este modelo, por su trabajo en la Constitución austríaca de 1920¹². El control concentrado comparte con el difuso el objetivo de garantizar la supremacía de la Constitución a través de la anulación o *interpretación conforme* de las normas inferiores. Aplicando una lógica muy similar a la prevista en *Marbury*, el modelo kelseniano niega la posibilidad de que una norma jerárquicamente inferior a la Constitución pueda coexistir con ella en el ordenamiento jurídico, si hay una contradicción entre ellas¹³.

Se trata de un conflicto entre leyes, en el cual –en ausencia de un conflicto entre personas– el tribunal competente contrasta la Constitución y la ley, y decide si la segunda es inconstitucional y por lo tanto, debe ser anulada para preservar la supremacía constitucional. Su decisión se impone al resto de los órganos públicos y sienta un precedente que debe ser seguido por todos hasta que sea modificado o se reforme el texto constitucional que fundamenta la decisión.

La concentración de esta facultad, y el hecho de que las decisiones de estos órganos de control de la constitucional no suelen tener mecanismos

11 Ver Jorge Prats, Eduardo *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Santo Domingo: Ius Novum, 2011, pp. 120-121.

12 Métall, Rudolf A. *Hans Kelsen, vida y obra*, México DF: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, pp. 41-44. Kelsen mismo formó parte de este Tribunal Constitucional hasta la reforma constitucional de 1929, con la que se establecieron límites temporales al ejercicio de la judicatura y, como consecuencia, fue retirado del cargo (*op. cit.*, pp. 54, 60, 126).

13 Para estudiar la posición de Kelsen sobre este tema, recomendamos Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 2002.



externos de revisión tienen como consecuencia que el sistema kelseniano llega al mismo destino que el de *common law*: la garantía de estabilidad del sistema es el *stare decisis*.

Puede verse la importancia fundamental de este principio en ambas tradiciones de justicia constitucional y, por lo tanto, la relevancia del estudio de los efectos de las decisiones en las cuales se abandona un precedente.

II.2.- Estatuto del precedente en el ordenamiento constitucional dominicano

La creación del Tribunal Constitucional trajo consigo el establecimiento del precedente obligatorio. El artículo 184 constitucional dice que:

Artículo 184.- Tribunal Constitucional. 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.

Por su parte, la ley orgánica del Tribunal Constitucional y los procedimientos constitucionales (LOTCP) estableció la vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal como uno de los principios rectores del derecho procesal constitucional:

Vinculatoriedad. Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.

Por tratarse de una institución novedosa en el ordenamiento jurídico dominicano, el concepto del precedente ha sido desarrollado sobre todo por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En lo que respecta a la vinculatoriedad de los precedentes que sienta, el Tribunal ha relacionado el precedente con el principio de *stare decisis*, convirtiendo a este último en la explicación del alcance de la fuerza del precedente. Así lo hizo en la decisión TC/0261/14 del 5 de noviembre de 2014, cuando afirmó que:



de ahí que, conforme al mandato del principio del stare decisis, es decir, la sujeción a los criterios jurisprudenciales que constituyen precedentes constitucionales de carácter vinculante y obligatorio para todos los poderes públicos, incluso para el propio Tribunal Constitucional, realizamos las siguientes precisiones, reiterando los indicados criterios (...).

Lo anterior fue confirmado en la decisión TC/0025/15 del 26 de febrero de 2015, cuando dictaminó que:

En virtud de que, respecto de esta materia, los precedentes constitucionales son vinculantes para todos los poderes públicos e incluso para el propio Tribunal Constitucional por principio del stare decisis, tal y como establecen los artículos 184 de la Constitución de la República, 7.13 y 31 de la Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, corresponde examinar ahora si el mismo es susceptible del presente control, de acuerdo con las excepciones indicadas precedentemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, para entender cómo se comporta el mismo en el ordenamiento dominicano no es suficiente con examinar cómo opera en las grandes tradiciones del Derecho Constitucional, sino que es necesario examinar el contexto en el que se aplica en el contexto local. Esto así porque el sistema dominicano de justicia constitucional es mixto, incorporando tanto al control difuso como al concentrado¹⁴. Y, aunque sí cuenta con una autoridad única y última en el Tribunal Constitucional, este falla procesos de distinta naturaleza y alcance. El rol del precedente y las consecuencias en el tiempo de su modificación es distinto en cada uno de estos tipos de proceso.

Los procesos previstos para garantizar la supremacía de la Constitución son de cuatro tipos fundamentales: a) el control de la constitucionalidad; b) la garantía de los derechos fundamentales; c) los conflictos de competencia, y d) la revisión de la constitucionalidad de las sentencias.

14 Ver Perdomo, Nassef. "Supremacía constitucional y tratados internacionales. Aproximaciones a los efectos del control previo de la constitucionalidad de tratados internacionales en República Dominicana", en AAVV *Memorias del VII encuentro iberoamericano de derecho procesal constitucional*, Santo Domingo: Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2011.



El Tribunal Constitucional no participa de todos estos procedimientos. Por ejemplo, aunque el sistema del control de la constitucionalidad acoge las dos principales tradiciones, haciendo convivir el control concentrado (art. 184 CRD y arts. 36 al 50 de la LOTCPC) con el control difuso (art. 188 CRD y 51-54 LOTCPC). Los tribunales competentes para ejercerlos son distintos. Mientras que el Tribunal Constitucional tiene el monopolio del control concentrado, el control difuso es ejercido por todos los tribunales de la República, con la única excepción del Tribunal Constitucional. En su sentencia TC/0177/14 del 13 de agosto de 2014, el Tribunal afirmó que:

10.8. Si el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la solicitud del recurrente respecto a una nueva interpretación de los literales a) y b) del artículo 44 de la Ley núm. 176-07, de manera incidental, en el marco de este recurso de revisión, estaría ejerciendo un control difuso de constitucionalidad, el cual está reservado para los jueces del Poder Judicial, de conformidad con el artículo 51 de la Ley núm. 137-11.

Esta división de competencias tiene sentido en el contexto del procedimiento constitucional dominicano. Las decisiones del Tribunal Constitucional tienen efectos *erga omnes*, razón por la cual el procedimiento de la acción directa en inconstitucionalidad obliga a llamar a los órganos que emitieron las normas, con el propósito de que defiendan la constitucionalidad de la norma atacada. Esto es posible porque la acción directa en inconstitucionalidad es un proceso cuyo único objetivo es conocer de la constitucionalidad de esa norma.

No ocurre esto en el procedimiento del control difuso, pues como el problema central es la solución de un conflicto entre partes y la sentencia no tiene efectos *erga omnes*, este llamado a los órganos emisores de la norma atacada no es necesario. Sin embargo, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen efectos generales, si este decidiera incluir en un fallo una decisión de control difuso, pues esto tendría, en términos prácticos, el efecto de una acción directa en inconstitucionalidad llevada por vías procesales propias del control difuso de la constitucionalidad.

Otros procedimientos constitucionales en los que no participa el Tribunal Constitucional son el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*.



Las competencias del Tribunal Constitucional están limitadas, entonces, a la acción directa en inconstitucionalidad (art. 185 CRD y arts. 36 al 50 LOTCPC), la revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales (art. 277 CRD y 54 y 55 LOTCPC), el control preventivo de los tratados internacionales (art. 185 CRD y 55 al 58 LOTCPC), los conflictos de competencia entre poderes públicos (art. 185 CRD y 59 al 62 LOTCPC) y la revisión constitucional de sentencias de amparo (arts. 94 al 103 LOTCPC).

Como consecuencia de ello, solo en estos procedimientos del derecho procesal constitucional es posible la creación de precedentes.

III.- Efecto en el tiempo del cambio de precedentes

III.1.- Efectos del cambio de precedente según el Tribunal Constitucional

Cuando el artículo 110 constitucional trata el problema de la aplicación de las normas en el tiempo, lo hace refiriéndose de forma específica a la ley:

Artículo 110.- 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.

Una lectura restrictiva de dicho artículo llevaría a la incorrecta exclusión de su control las decisiones del Tribunal Constitucional, por tratarse de sentencias. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha zanjado esta discusión, afirmando que sus decisiones tienen un carácter normativo:

10.11. En tal virtud, conforme a las disposiciones del artículo 184 de la Constitución dominicana, las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado; es decir, que las decisiones de este tribunal -como la precedentemente descrita-, se



traducen en verdaderas normas jurídicas que hacen parte del derecho positivo en nuestro ordenamiento jurídico y fuente directa del derecho con carácter vinculante para todos los poderes públicos, dentro de los que se encuentran los hoy recurridos¹⁵.

Si se acepta como válido el razonamiento del Tribunal en esta decisión, entonces es necesario aceptar también la aplicación de los principios del artículo 110 CRD a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Es de notar que esto hace relevante la distinción hecha anteriormente entre los procedimientos constitucionales que son competencia del Tribunal Constitucional y los que no.

Como bien señala Eduardo Jorge, los efectos de las sentencias de control difuso de la constitucionalidad (que es competencia de los tribunales ordinarios) es *ex tunc*. Es decir, que tiene efecto retroactivo. Mientras tanto, las de control concentrado de la constitucionalidad (que sí es competencia del Tribunal) tienen un efecto *ex nunc*¹⁶, es decir solo en lo porvenir¹⁷.

Esta misma regla general aplica para el caso de los cambios de precedentes, puesto que la naturaleza del caso fallado arrastra los efectos de la sentencia y los cambios que pueda traer. Ahora bien, el efecto en el tiempo de las decisiones –y por lo tanto, de los cambios de precedentes– no debe ser analizado únicamente comparando los efectos de los distintos procedimientos. También es necesario comparando distintas sentencias que resuelven procedimientos del mismo tipo.

Por ese motivo no nos detendremos en el análisis de los efectos del artículo 48 de la LOTCPC. Esto así porque el efecto al que se refiere el mismo es a la efectividad del dispositivo de las decisiones. La posibilidad de diferir en el tiempo la ejecución de las sentencias tiene más que ver con el posible impacto negativo de aplicar la decisión inmediatamente. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia TC/0274/13 del 26 de diciembre de 2013, en la que declaró inconstitucional por vicios de

15 TC/0319/15 del 30 de septiembre de 2015.

16 Artículo 48 LOTCPC.- *Efectos de las Decisiones en el tiempo. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos inmediatos y para el porvenir. Sin embargo, el Tribunal Constitucional podrá reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones de acuerdo a las exigencias del caso.*

17 Ver Jorge Prats, Eduardo *op. cit.*, pp. 109-118.



procedimiento legislativo a la Ley no. 91 de 1983, que crea el Colegio de Abogados de República Dominicana:

f) La sentencia que dicte el Tribunal declarando que una norma, cuya validez ha sido discutida mediante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, puede aplicar el modelo kelseniano en virtud del cual el Tribunal Constitucional puede determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad, se sustente tal tipo de disposición y se establezca un plazo de vigencia razonable¹⁸.

g) En esa misma dirección, se ha apuntado lo siguiente: la finalidad de retrasar la entrada en vigor de los fallos de inconstitucionalidad por parte de los Tribunales Constitucionales es evitar que la inconstitucionalidad declarada provoque un vacío normativo que puede resultar más problemático o lesivo que la inconstitucionalidad misma; (...) o se creen situaciones no solo conflictivas sino insostenibles que pueden resultar más perjudiciales que las que ocasionaría mantener el régimen jurídico declarado inconstitucional por un tiempo más¹⁹.

Solo en casos excepcionales el Tribunal concede, la efectividad retroactiva de las decisiones de control concentrado en virtud de este artículo de la LOTCPC. Es lo ocurrido en la sentencia TC/0033/12 del 15 de agosto de 2012, en la que el Tribunal afirmó lo siguiente:

10.1. Los accionantes solicitan en su escrito introductorio el reembolso de las sumas pagadas indebidamente por concepto del 50 % del recargo que sobre el impuesto sucesoral tuvieron que pagar en virtud de la aplicación del referido artículo 7 de la Ley No. 2569 de 1950. En virtud de la facultad que le confiere al Tribunal Constitucional el artículo 48 de la Ley No. 137-11 para reconocerle a la sentencia constitucional un efecto retroactivo y graduar excepcionalmente sus efectos de acuerdo

18 RUEDA LEAL, Paul. “Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad”, en: Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004. Citado por OLANO GARCIA, Hernán Alejandro, en “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, p. 584. Consultado en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf

19 Auto 311/01, Corte constitucional de Colombia, de fecha 29 de noviembre de 2001.



a las exigencias del caso, este tribunal entiende que corresponde, en la especie, ordenar a la Dirección General de Impuestos Internos (D.G.I.I.) el reembolso, única y exclusivamente en favor de los accionantes, de las sumas pagadas por concepto del recargo del 50 % adicional al impuesto sucesoral que por su condición de dominicanos residentes en el exterior tuvieron que pagar los herederos del Sr. Juan José Dalmasí Montalvo, conservando la presente sentencia, fuera de este caso, sus efectos inmediatos y para el porvenir.

Vale decir, el Tribunal entendió que los accionantes elevaron una acción directa en inconstitucionalidad porque habían sido directamente afectados por la norma atacada. Por ello entendió que, de manera excepcional, los accionantes debían beneficiarse del resultado de su reclamo.

Sin embargo, esto no es un cambio de precedente. No se trata de la revocación de una decisión del propio Tribunal.

A la hora de analizar la posición del Tribunal Constitucional sobre el efecto en el tiempo de los cambios de precedente, el mejor ejemplo es el caso de las diversas interpretaciones que hizo el Tribunal Constitucional del plazo del artículo 54 de la LOTCPC.

De entrada, es necesario reconocer que esto se trata de una interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de una ley y no de un texto constitucional. Pero el caso es digno de estudio por tres motivos:

- a) Aunque existen otros casos de cambios de criterio por parte del Tribunal Constitucional, este es en el que mejor explica cómo y por qué dichos cambios se aplican en el tiempo;
- b) Este es un caso de aplicación de la LOTCPC, que es la única ley cuya interpretación última corresponde al Tribunal Constitucional, en ocasión de que, con excepción del *hábeas corpus*, los procesos que se rigen por ella terminan siempre en esa jurisdicción.

En su decisión TC/0335/14 del 22 de diciembre de 2014, el Tribunal Constitucional afirmó que eran francos y hábiles los 30 días del plazo previsto por el artículo 54 de la LOTCPC:

A.1. La Ley núm. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, dispone en su artículo 54.1) que:



“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”.

A.2. Como consecuencia de lo antes indicado se deduce 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)²⁰.

Sin embargo, apenas seis meses después, el Tribunal modificó este precedente porque entendió que había cometido un error en su apreciación de la razonabilidad de este plazo. En su sentencia TC/0143/15 del 1 de julio de 2015, el Tribunal dijo lo siguiente sobre el plazo:

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 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

20 Sentencia TC/0080/12 del 15 de diciembre de 2012: “8.- d) El plazo establecido en el párrafo anterior es franco, es decir, no se le computarán los días no laborables, ni el primero ni el último día de la notificación de la sentencia”.



franco y calendario, por lo que este tribunal procede a variar el criterio establecido en la Sentencia TC/0335/14.

Ahora bien, lo interesante de esta decisión es cómo el Tribunal Constitucional definió el efecto en el tiempo, tanto del establecimiento del precedente en la sentencia TC/0335/14 como su modificación en la TC/0143/15:

j. En consecuencia, a partir de esta decisión el Tribunal establece que el criterio fijado en la Sentencia TC/0080/12, sobre el cómputo de los plazos francos y hábiles solo aplica en los casos de revisión constitucional en materia de amparo y que el criterio sobre el plazo para la revisión constitucional de decisión jurisdiccional será franco y calendario.

k. Este nuevo criterio establecido en esta decisión -por excepción- no aplicará para los casos de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales incoados ante este tribunal en el tiempo comprendido entre la publicación de la Sentencia TC/0335/4 y la publicación de esta sentencia, para preservar los derechos de los justiciables que le otorgó la Sentencia TC/0335/14, en virtud del principio de la seguridad jurídica; es decir, el criterio fijado en la TC/0335/14, relativo al plazo de la revisión jurisdiccional, solo será aplicado a los recursos incoados después de su publicación y hasta la entrada en vigencia del nuevo criterio fijado en esta decisión.

l. En tal sentido, los recursos de revisión constitucional de decisión jurisdiccional interpuestos con anterioridad a la publicación de la sentencia TC/0335/14 no se benefician de este derecho, ya que no puede interpretarse como un derecho adquirido por estos justiciables.

l. En conclusión y vistas las consideraciones anteriores, este recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional deviene inadmisibles por extemporáneo, ya que fue interpuesto cuarenta (40) días después de que la parte recurrente había tomado conocimiento de la resolución objeto del presente recurso y el mismo fue interpuesto con anterioridad a la publicación de la Sentencia TC/0335/14, por lo que no se beneficia de lo establecido en ella.

Lo primero que llama la atención es que el Tribunal no apela al artículo 48 de la LOTCPC para regular el efecto en el tiempo de la modificación



de su precedente. La relevancia de este dato es que, con ello, el Tribunal reclama la capacidad de regular, caso por caso o en forma generalizada, el efecto en el tiempo de sus cambios de precedente.

Como ya señalamos, este caso es excepcional en la medida en que es el que mejor explica cómo el Tribunal entiende que aplican en el tiempo los cambios de precedente. La expresa excepcionalidad del caso deja entrever lo que debe ocurrir en la generalidad de las ocasiones.

En pocas palabras, el efecto del precedente establecido en la sentencia TC/0334/14 solo surtió efecto en los recursos presentados entre el 22 de diciembre de 2014 y el 1 de julio de 2015 (fecha en la que se publicó la sentencia TC/0143/15). El Tribunal asume este criterio porque entiende que las partes que depositaron sus recursos fuera de este plazo no pueden beneficiarse del mismo, por no constituir esto un derecho adquirido. Los que lo depositaron antes de la sentencia TC/0334/14, porque aun el Tribunal no se había pronunciado sobre el mismo, y los que lo hicieron después de la sentencia TC/0143/15 porque ya el criterio no existía.

Sin embargo, es difícil sostener esto como una regulación que apuntala la seguridad jurídica, toda vez que antes de la decisión TC/0334/14 no existía un criterio del Tribunal Constitucional que excluyera por extemporáneos los recursos que computaran como franco y hábil el plazo del artículo 54. Por ejemplo, esto trata en forma distinta los recursos fallados por las sentencias TC/0334/14 y la TC/0143/15, dado que ambos se sometieron antes del primer precedente. El Tribunal Constitucional, en vez de reconocer que su precedente se aplicaba para ambos casos –y para todos los que se sometieron en las mismas circunstancias- hace un corte arbitrario, en el que la aplicación del precedente para un caso en particular depende en gran medida de la suerte que tuvo el recurrente de la TC/0334/14 y que le faltó al de la TC/0143/15.

Pero también quedaron injustamente excluidas aquellas personas que al momento de la sentencia TC/0143/15 tenían aun el plazo abierto para recurrir, según el criterio de la TC/0334/14. Estas personas sufrieron la modificación de un plazo que ya estaba abierto y corriendo. Por ello, la decisión del Tribunal es una revocación tácita del precedente establecido en la sentencia TC/0024/12 del 21 de junio de 2012, que regula la aplicación de las leyes procesales en el tiempo. Dos de los criterios de



esta decisión aplican a aquellas personas cuyo plazo ya se encontraba abierto a partir de la sentencia TC/0344/14, y que, asumiendo como válido el cómputo establecido por el Tribunal Constitucional, no habían depositado aun el recurso:

b) Cuando la disposición anterior garantice en mejores condiciones que la nueva, el derecho a una tutela judicial efectiva; siendo esta la posición más aceptada por la jurisprudencia constitucional comparada (Sent. 05379-2007 PA/TC de fecha 4 de Diciembre de 2008; Tribunal Constitucional de Perú y Sent. C-692-08 de fecha 9 de julio del 2008; Corte Constitucional de Colombia).

c) Cuando se trate de normas penales que resulten más favorables a la persona que se encuentre subjúdice o cumpliendo condena (Art.110 de la Constitución de la República de 2010²¹).

El análisis y texto de la sentencia TC/0143/15 dejan claro que el Tribunal entendió que había cometido un error y que debía limitar el alcance del mismo. Pero la solución que procuró abre una caja de Pandora que solo puede cerrar el propio órgano.

La revocación tácita –y excepcional– que hizo el Tribunal Constitucional de la sentencia TC/0024/12 tiene efectos que trascienden la revocación de la TC/0344/14. Esto así porque el criterio actual del Tribunal le permite manejar la efectividad de sus precedentes de tal forma que, aunque permite al Tribunal limitar el efecto de los precedentes que considera incorrectos, hace impredecibles las consecuencias de sus giros jurisprudenciales.

III.2.- Los cambios de precedente y su efecto en el Estado Social y Democrático de Derecho

Como ya se ha señalado, es una posición generalmente aceptada que la función de un Tribunal Constitucional es garantizar el Estado de Derecho y la supremacía de la Constitución.

21 Sentencia TC/0024/12 del 21 de junio de 2012.



Ahora bien, la historia de los tribunales con facultad de sentar precedentes no siempre ha sido la más feliz, a la hora de garantizar los derechos fundamentales. Un ejemplo paradigmático de ello es la decisión *Plessy v. Ferguson*, emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 18 de mayo de 1896²². Esta decisión validó las leyes raciales del estado de Luisiana. Estas leyes establecían la doctrina de *separados pero iguales*, según la cual era lícita la discriminación racial en los servicios públicos y privados. Se trata de las tristemente famosas leyes *Jim Crow*. Todo esto a pesar de las disposiciones de la Decimocuarta Enmienda, que en su primera cláusula prohíbe el trato discriminatorio entre ciudadanos de los Estados Unidos.

A pesar de tratarse de una grave injusticia, esta decisión de la Suprema Corte tardó casi seis décadas en empezar a ser desmontada, lo que retrasó la integración plena de la población negra a las protecciones del Estado de Derecho. Efectivamente, no fue sino hasta la decisión *Brown v. Board of Education*²³ en 1954, que se revocó el precedente de *Plessy*.

A pesar de su importancia, *Brown* no implicó el fin de los efectos de *Plessy* y otras sentencias similares, sino que marcó el punto de partida de la parte final del proceso de lucha por la igualdad formal de los negros estadounidenses. Durante las siguientes dos décadas, la Suprema Corte tuvo que dedicarse a desmontar una serie de precedentes que justificaban la segregación racial en Estados Unidos. Entre las decisiones más notorias se encuentra *Loving v. Virginia*²⁴ de 1967, en la que se anularon definitivamente las leyes que prohibían el matrimonio interracial.

Esta sentencia también se fundamentó en la Decimocuarta Enmienda, que a 99 años de su ratificación todavía no alcanzaba vigencia plena como instrumento para eliminar las desigualdades previstas en la ley o producto de los precedentes de la Suprema Corte²⁵.

Todo este proceso y su amargo tránsito histórico pudo haberse evitado si la Suprema Corte de los Estados Unidos, en palabras de Dworkin, se hubiera tomado los derechos en serio.

22 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

23 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

24 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

25 *Loving* fue una revocación del precedente *Pace v. Alabama*, 106 U.S. 583 (1883).



Lo anterior es solo una muestra del efecto en el tiempo que tienen los precedentes constitucionales cuando limitan derechos fundamentales. Es esto, y no el contraste entre la efectividad de un precedente revocado y el que lo revoca, lo que afecta realmente a los ciudadanos y, por vía de consecuencia, al Estado Social y Democrático de Derecho.

Después de todo, ni la Constitución ni su supremacía son fines en sí mismos, sino medios para *“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”*.



Magistrado Rafael Díaz Filpo

Licenciado en Matemáticas y Física por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), licenciatura en Derecho (Summa cum laude) por la Universidad Colegio Dominicano de Estudios Profesionales (UCDEP), maestría en Educación Superior en la Universidad Colegio Dom. de Estudios Profesionales (UCDEP) e Instituto de Andrología (INSTIA) Venezuela; Notario Público de los del número del Distrito Nacional, maestría con doble titulación en Derecho Constitucional, Concentración Jurisdicción Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y (PUCMM) y Universidad Castilla-La Mancha (UCLM); Master Oficial en Derecho Constitucional, Universidad Castilla-La Mancha (UCLM). Actualmente, se desempeña como juez, Primer Sustituto, del Tribunal Constitucional dominicano. Ha sido catedrático en diversas universidades, escuelas, institutos y liceos por más de 37 años, además de ser conferencista nacional e internacional. Fue diputado por la provincia de Azua de Compostela, período 1982-1986, logrando grandes aportes con sus diferentes proyectos de leyes. Regidor por el Distrito Nacional y presidente de la Sala Capitular por cinco años consecutivos. Autor de diversas obras, dentro de las cuales se destacan: *La Doctrina Constitucional y Administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho Liber Amicorum*, en homenaje al Dr. Allan Brewer Carías; *Liber Amicorum en homenaje al Dr. Luigi Ferrajoli*; y V Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional: *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico en el Paradigma Garantista*.

MAGISTRADO 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

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



planteado en un 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, 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

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



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 *“prevaleció 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.

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.



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:

Lo subrayado carece de sintaxis

“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 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 descatado 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 (sel 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:

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



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



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 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*

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



este puede subsumirse bajo el supuesto hecho de aquella. Si esta subsumición 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 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

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



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 proscribió 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;
- 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 descatado. 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.

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.

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.



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 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

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



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:

- 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 consus-

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.



tanciales 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”.

“b) 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”.

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.

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.



- 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.

CARÁCTER VINCULANTE DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
EUROPEO DE LOS DERECHOS
HUMANOS RESPECTO DE LOS
TRIBUNALES NACIONALES

Dr. Diego López Garrido,
Ex Secretario de Estado para la Unión Europea de
España. Catedrático de Derecho Constitucional en la
Universidad de Castilla-La Mancha (En excedencia)



Dr. Diego López Garrido

Licenciado en Ciencias Empresariales (ICADE). Letrado de las Cortes Generales (España). Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla – La Mancha. Secretario de Estado para la Unión Europea (2008 – 2011). Autor de más de 30 libros sobre derecho, historia, economía y política, de forma individual y en colaboración. El último de ellos, *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (volúmenes I y II). diego.lopez@senado.es

La reforma del recurso de revisión por la Ley Orgánica 7/2015, del 21 de julio, y la Ley 41/2015, del 5 de octubre.

1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Conviene recordar el contenido actual del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el rol del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, recogió las dieciocho principales libertades de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Su ámbito objetivo se ha ido ampliando progresivamente, a través de la entrada en vigor de sucesivos Protocolos adicionales que pretenden proteger nuevos derechos: el Protocolo nº 1 se refiere al derecho a la propiedad y a otros derechos de contenido patrimonial, a la educación y al derecho al sufragio (marzo 1952); el Protocolo nº 4 recoge la prohibición de prisión por deudas, la libertad de circulación, la prohibición de expulsión de nacionales y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (septiembre 1963); el Protocolo nº 6 (abril 1983) prohíbe la pena de muerte, excepto en caso de guerra; el Protocolo nº 7 establece garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, el derecho a indemnización en caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por los mismos hechos y la igualdad entre esposos (noviembre 1984); el Protocolo nº 12 recoge la prohibición general de discriminación (noviembre 2000); y el Protocolo nº 13 (mayo 2002) extiende la abolición de la pena de muerte y la prohíbe en cualquier circunstancia, incluido el tiempo de guerra. Como se sabe, el Convenio para la Protección



de los Derechos Humanos de 1950 no solo protege a los nacionales de los Estados parte del Tratado, sino a cualquier persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte, con independencia de su nacionalidad, o, incluso, aunque carezca de ella.

Una de las notas distintivas del Convenio de 1950 consiste en la existencia de un sistema de protección jurisdiccional supranacional de los derechos. Este mecanismo ha sufrido modificaciones de relevancia en dos ocasiones. La primera, a través del conocido Protocolo nº 11, del 11 de mayo de 1994, y, la segunda, a través del más reciente Protocolo nº 14, del 13 de mayo de 2004.

El Protocolo nº 11 modificó significativamente el Convenio, con el objeto de superar la complejidad del mecanismo de protección existente y diseñar un proceso para la protección de los derechos del Convenio con todas las garantías. Se pretendía así responder al gran impacto que la caída del muro de Berlín supuso para el sistema de protección de los derechos del Convenio, ya que se duplicó el número de Estados con el que había venido operando el Convenio durante sus primeros cuarenta años de existencia. Los nuevos Estados tenían estructuras no democráticas y no respetaban los Derechos Humanos, y necesitaban adaptarse.

El Protocolo 11 sustituyó el sistema de duplicidad de órganos (Comisión y Tribunales) por un único y permanente Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano plenamente jurisdiccional. El TEDH asumió las competencias en materia de protección de derechos que hasta ese momento habían venido desempeñando el propio Tribunal, la Comisión y –aunque solo parcialmente– el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La reforma del Protocolo nº 11, que convirtió la demanda individual en una pieza fundamental del sistema, también trajo consigo un incremento considerable del número de demandas presentadas.

El Protocolo nº 14 introdujo, fundamentalmente, modificaciones de naturaleza formal –atinentes a cuestiones orgánicas y procesales– con el fin de agilizar el procedimiento y garantizar el derecho a un juicio justo, sin dilaciones indebidas. El TEDH se organiza, además del Pleno, en cuatro formaciones: Juez único, Comité de tres jueces, Salas de siete jueces y Gran Sala de diez y siete jueces.

El Tribunal funciona en Pleno, a través de órganos unipersonales (jueces únicos), y a través de los siguientes órganos colegiados: Comités



(integrados por tres jueces; requiriéndose la decisión afirmativa unánime del Comité); Salas (integradas por siete jueces, si bien es posible que el Pleno del Tribunal solicite al Consejo de Ministros que dichas Salas queden integradas por cinco miembros durante un periodo determinado); y Gran Sala (con una composición de diecisiete jueces). Forman parte, –necesariamente,– de la Gran Sala el Presidente del Tribunal, los Vicepresidentes y los Presidentes de las Salas.

El Pleno del TEDH no realiza funciones contenciosas; únicamente tareas relativas a la organización interna del Tribunal.

Dentro de las novedades de carácter organizativo del Protocolo 14 está la posibilidad de que jueces unipersonales del órgano (jueces únicos) puedan pronunciarse sobre la admisibilidad e incluso el fondo de los asuntos en determinadas circunstancias. Del mismo modo, los Comités (de tres jueces) podrán también, no solo pronunciarse sobre la admisibilidad, sino, igualmente, decidir sobre el fondo del asunto, cuando exista una jurisprudencia consolidada sobre la materia en el Tribunal.

Por otra parte, el Protocolo nº 14 también ha modificado el estatuto jurídico de los miembros del Tribunal, elevando de seis a nueve años la duración del mandato de sus miembros y, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a su entrada en vigor, señala que los jueces del Tribunal no son reelegibles (se trata así de reforzar su independencia).

Dentro de las novedades de carácter procesal habría que destacar las introducidas en la fase de admisión. En primer lugar, los jueces únicos se pronunciarán sobre la admisibilidad de las demandas cuando dicha decisión se pueda adoptar sin necesidad de un examen complementario (hasta ahora, esta intención competía básicamente a los Comités). Es decir, los jueces únicos se pronunciarán sobre cuestiones repetitivas y/o sencillas, y al margen de estos supuestos, serán los Comités o las Salas los que decidan, según las circunstancias del caso. Como ya hemos apuntado, los Comités también podrán dictar sentencia –antes del Protocolo no– sobre temas sobre los que exista una jurisprudencia consolidada en el Tribunal. Además, se ha introducido una nueva causa de inadmisión en el artículo 35.3.b) del Convenio, que permite inadmitir la demanda cuando “el demandante no haya sufrido un perjuicio importante, salvo que el respeto a los derechos humanos garantizados por la Convención y sus Protocolos exija un examen sobre el fondo de la demanda”. Así pues, se podrán rechazar los asuntos triviales y evitar la banalización de la función del Tribunal.



La novedad más interesante introducida por el Protocolo 14 es el llamado “caso piloto” (*procédure de l’arrêt pilote*). Con él se trata de modificar defectos de fondo del sistema jurídico que producirían constantes recursos ante el Tribunal. Fue el Comité de Ministros el que solicitó esta reforma del CEDH. El Tribunal ya ha dictado sentencias en esa dirección (STEDH, Gran Sala, 22 de junio de 2004, caso Broniowski contra Polonia; y STEDH de 15 de enero de 2009, caso Burdov núm. 2, contra Rusia).

Los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, por una mayoría absoluta de votos emitidos de entre una lista de tres candidatos presentada por cada una de las Altas Partes Contratantes concernidas. El Tribunal tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que afecten a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, cualquiera que sea el tipo de demanda —individual o estatal— de que conozca (o, lo que es lo mismo, los Estados no pueden decidir si aceptan o no la jurisdicción del Tribunal).

El juez elegido en representación de un Estado Parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala. Cuando actúa en formación de juez único, ningún juez podrá examinar una solicitud contra la Alta Parte Contratante a cuyo título dicho juez haya sido elegido.

2. El TEDH y el principio de subsidiariedad.

Al Tribunal no puede acudir hasta haber agotado los recursos nacionales. Se trata, por tanto, de una instancia de naturaleza subsidiaria.

El principio de subsidiariedad, como apunta Roberto Niño, es un principio estructural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que significa que los Estados son los principales responsables de la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (1). Este principio se asienta en la cercanía e inmediatez de las autoridades nacionales y en las limitaciones ejecutivas de las jurisdicciones internacionales, como se muestra en los problemas de ejecución de las sentencias del TEDH, que vamos a estudiar en este trabajo. El principio de subsidiariedad se concreta, en el Convenio Europeo, en tres preceptos destacados.



Artículo 1: *Obligación de respetar los derechos humanos.* Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.

Artículo 13: *Derecho a un recurso efectivo.* Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 35: *Condiciones de admisibilidad.* Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

El TEDH conoce las demandas interestatales (artículo 33), las demandas individuales presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de la violación de alguno de los derechos del Convenio (artículo 34), y emite opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos (artículo 47).

Pero el TEDH no es una jurisdicción de apelación o de casación. No es una instancia judicial más. Sus sentencias no poseen carácter ejecutorio, como luego veremos.

La pretensión de amparo internacional consiste en el recurso frente a la lesión producida por parte de los poderes públicos de un Estado miembro contra alguno de los derechos o libertades contenidos en el Título I del Convenio o en cualquiera de sus Protocolos, y a través del cual se solicita al Tribunal el reconocimiento de dicho derecho o libertad. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y el Derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite, de manera imperfecta, reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa, a la que luego aludiremos.

Pero no basta con esa satisfacción equitativa. La cuestión central es saber cuál es la fuerza ejecutiva de las sentencias del TEDH, en cuanto jurisdicción creada en el ámbito del Derecho Internacional, que ha evo-



lucionado, adquiriendo características judiciales inéditas en ese ámbito, aun sin llegar a tener la capacidad de legislador negativo que poseen los Tribunales Constitucionales, ni (salvo en España, y algún otro país europeo) la fuerza ejecutiva de los tribunales nacionales.

3. La naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y su carácter vinculante.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos presentan una naturaleza declarativa y no pueden, por sí mismas, anular ni modificar un acto o una disposición interna (el Convenio no atribuye al Tribunal competencia para anular una sentencia de un Tribunal nacional). La sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991 señaló en su día que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son resoluciones meramente declarativas, sin efecto directo anulatorio interno ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles. Aunque son obligatorias para los Estados Parte del Convenio, se deja que estos decidan los medios a utilizar, en su ordenamiento jurídico interno, para adaptarse a lo establecido en el art. 46.1 del CEDH. En definitiva, la efectividad de las resoluciones del Tribunal es uno de los problemas más importantes de esa jurisdicción de tutela internacional de derechos. De cualquier forma, y tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 245/1991, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata una vulneración de derechos en nuestro país, se debe proceder a su reparación en el ámbito interno, para lo cual el Estado tiene un cierto margen de aplicación de las sentencias del Tribunal.

En efecto, las sentencias del TEDH son declarativas, pero, a la vez, son vinculantes, como enfatiza el artículo 46.1 del Convenio:

Artículo 46.1: Fuerza obligatoria ejecución de las sentencias. Las Altas Partes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no dice cómo llevar a cabo esa obligación (el TEDH, a veces, la sugiere), pero el Estado firmante ha de cumplirla. Tiene una obligación de resultado, conforme a lo que señale la sentencia en la parte argumentativa y en la parte dispositiva.



El TEDH extiende su competencia a los hechos y los fundamentos de derecho. No es un Tribunal de casación, que solo se limita a la parte formal, es decir, a la aplicación de la norma. Así se desprende del art. 1 antes citado, y de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda*). Es lo que la doctrina llama *restitutio in integrum* a la víctima: poner fin a la vulneración; restablecer la situación y compensar los daños; y evitar que el ilícito se repita. (STEDH 10.11.2004, caso *Sejdovic*) (2). Es lo que en el Derecho Internacional se conoce como “justicia material”.

La regulación de esta materia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es similar a la expuesta en el CEDH. Según el art. 68.1 de la Convención, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en cuanto definitivo e inapelable, compromete a los Estados Parte en la Convención a “cumplir la decisión” en los casos en que sean parte. De modo que el Pacto de San José tiene un núcleo esencial, cual es que las sentencias de la Corte Interamericana tienen carácter “firme” (autoridad de cosa juzgada internacional) y “eficacia vinculante”. Las sentencias son transmitidas a todos los Estados Parte de la Convención, los cuales quedan sujetos a la interpretación de la Corte.

Los Estados han de acatar, pues, el fallo de la Corte, porque las sentencias de este Tribunal son obligatorias, lo que deriva de la responsabilidad internacional de los Estados, que supone el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (Ferrer Mac-Gregor) (3).

En cuanto a la reparación del daño, está prevista en el CEDH a través de la “satisfacción equitativa” sustitutoria, cuando sea imposible hacerlo de otro modo:

Artículo 41: Satisfacción equitativa. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos, si el derecho interno de Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

De ese modo, el Estado evita incurrir en una responsabilidad internacional (Bujosa Vadell) (4). En todo caso, la imposibilidad de que el Derecho interno permita reparar de modo perfecto “las consecuencias” de la violación del Convenio debe ser objetiva (STEDH, de 10 de marzo



de 1972, caso Wilde, Ooms Versyp; STEDH, de 7 de julio de 1989, caso Sanders).

El CEDH no llega a precisar tanto como la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de 1969 (CIDH) que, en su artículo 63.1, habla expresamente de una “justa indemnización a la parte lesionada”, además de reparar las consecuencias de la vulneración de los derechos y libertades en cuestión.

La primera conclusión de las consideraciones expuestas en este apartado es que las sentencias del TEDH son obligatorias (“cosa juzgada” y “cosa interpretada”) para todos los Estados parte del CEDH, pero este no prevé aun un carácter ejecutivo directo a dichas sentencias.

4. El control de la ejecución de las sentencias del TEDH.

El Protocolo nº 14 ha modificado el sistema de fiscalización de la ejecución de las sentencias definitivas del Tribunal que dispusiera en su día el Protocolo nº 11. En concreto, este último establecía que las sentencias definitivas del Tribunal se debían transmitir al Comité de Ministros, el órgano encargado de velar por su ejecución, junto con el Secretario General. Tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14, esta cuestión se regula de forma diferente en el artículo 31.b, en conexión con el artículo 46.4 del Convenio, se ha dado competencia al Tribunal en cuanto al control de la ejecución de sus sentencias. El Comité de Ministros sigue siendo el órgano del Consejo de Europa que vela por la ejecución y el cumplimiento de las sentencias definitivas del Tribunal, pero ya no tiene la última palabra al respecto. Si considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a ese Estado Parte y, por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación de acatamiento de las sentencias definitivas del Tribunal.

En este punto, el CEDH se diferencia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, según el cual (art. 65) la Corte IDH controla la ejecución de sus sentencias y puede hacer recomendaciones a la Organización de Estados Americanos (OEA) si el Estado no eje-

cuta la sentencia de la Corte. Todo ello está relacionado con el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte de San José, igual que las del Tribunal de Estrasburgo.

5. Eficacia “erga omnes” y “cosa interpretada”.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo permite la tutela supranacional de la mayor parte de los derechos fundamentales de las Constituciones Europeas, sino que constituye un criterio hermenéutico preferente en su aplicación.

El TEDH, sus sentencias, producen el efecto de “cosa interpretada” que es otra dimensión de su carácter vinculante. Con ello, el Tribunal rebasa la solución del caso concreto. Los Estados están obligados a asumir esa interpretación, aunque no hayan sido parte en el caso. La Constitución española lo expresa claramente en su artículo 10.2:

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

El efecto de “cosa interpretada” es definido por la doctrina como aquel atributo de las sentencias del TEDH consistente, dentro de su peculiar sistema de *case-law*, en su carácter vinculante en cuanto a la interpretación del Convenio que las sustenta (5).

Por eso, las interpretaciones insertas en las sentencias del TEDH sobrepasan el caso concreto al que se refieren y se extienden a otros supuestos. Estas interpretaciones se objetivan, cobran vida propia, y tienen *vis expansiva* indudable, con efectos y fuerza que no eran esperables cuando nació el Tribunal de Estrasburgo.

El efecto de “cosa interpretada” está manifestado con claridad en los artículos del CEDH que a continuación se reproducen:

Artículo 45: *La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le sometan, en las condiciones previstas por el artículo 48.*



***Artículo 46:** 1. Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho, sin convenio especial, la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio. 2. Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes, o por un período determinado.*

3. Estas declaraciones se remitirán al Secretario general del Consejo de Europa, que transmitirá copia de ellas las Altas Partes Contratantes.

***Artículo 53:** Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte.*

No hay que olvidar la ingente e importante doctrina que el TEDH ha ido elaborando desde su puesta en funcionamiento sobre el contenido y la efectividad de los derechos, que como decíamos antes, ha trascendido los ordenamientos de los Estados miembros, sirviendo como referencia a otras instancias internacionales (por ejemplo, a la mencionada Corte Interamericana de Derechos Humanos) e incluso a órganos jurisdiccionales de muchos Estados que no son miembros del Consejo de Europa.

Por otra parte, el artículo 53 del Convenio prevé que ninguna de las disposiciones del texto se podrá interpretar en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte.

6. El problema de la ejecución de las sentencias del TEDH por los tribunales nacionales.

Para abordar este tema crucial tenemos que referirnos a los modelos de relación de los ordenamientos jurídicos nacionales con el Derecho Internacional. Suelen distinguirse dos modelos: el dualista y el monista. En el primero, el Derecho internacional se sitúa fuera del ordenamiento jurídico nacional y, por tanto, para aplicarlo en un Estado firmante del instrumento jurídico (Tratado) hay que aprobar una ley nacional que lo integre en el ordenamiento nacional.



En el modelo monista, la firma y ratificación de un Tratado significa que en ese mismo instante pasa a formar parte del derecho interno.

Pues bien, no tiene que haber obstáculos para que –en cualquiera de los modelos– las sentencias del TEDH se ejecuten por el Estado que ha vulnerado el Convenio cuando de lo que se trata es de modificar una norma jurídica (poder legislativo) o una decisión administrativa (poder ejecutivo). El problema surge cuando el TEDH falla que una sentencia firme (que goza del afecto de cosa juzgada) de un Estado parte en el Convenio ha violado el mismo.

¿Cómo hacer que la decisión judicial del Estado se anule o se modifique cuando ha adquirido la fuerza de cosa juzgada?

Los Estados europeos miembros del Consejo de Europa y parte en el Convenio han acudido a diversas fórmulas. Otros, sencillamente, han obviado el asunto. España ofrece, en estos momentos, la mejor solución, tal y como vamos a exponer.

En algunos Estados que siguen el modelo dualista no se ha dictado ley alguna que inserte al CEDH en el derecho interno: Irlanda, Suecia e Islandia. Como señala Ruiz Miguel (el autor que más ha estudiado la perspectiva comparada, y a quien seguimos en su esquema) (6), el incumplimiento del Convenio solo da origen a una responsabilidad jurídica internacional. Pero no se puede ejecutar la sentencia del TEDH en sus propios términos. Noruega, a pesar de seguir el modelo dualista, ha reconocido eficacia interna a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

El Reino Unido, a pesar de su modelo dualista, ratificó en tiempos de Tony Blair el CEDH. Algo, por cierto, que está en cuestión después del referéndum del Brexit, si nos guiamos por algunas declaraciones del entorno del gobierno británico.

Hay otros Estados de la familia dualista que han trasladado el CEDH al derecho interno. Entre ellos: República Federal de Alemania, Luxemburgo, Malta, Italia, San Marino, Grecia, Chipre, Finlandia y Dinamarca. Sin embargo, como advierte Ruiz Miguel, no por ello las sentencias del TEDH tienen carácter ejecutivo en esos países.

Las excepciones son pocas. Luxemburgo admite el carácter ejecutivo de una sentencia del TEDH solo cuando se refiera a una causa penal. Malta lo permite si el Tribunal Constitucional lo ordena.

En los países de modelo monista también hay dificultades para ejecutar las sentencias del TEDH cuando se trata de anular una sentencia firme:



Holanda, Portugal, Austria, Suiza, Bélgica, Francia, Lichtenstein y Turquía (España estaba en este grupo, que abandonó en 2015). La eficacia de las sentencias del TEDH sobre las de los tribunales nacionales depende de lo que señala el derecho interno, y en casi todos los casos, los tribunales nacionales, aunque sigan la jurisprudencia del TEDH, se resisten a que una sentencia de este anule una sentencia estatal con autoridad de cosa juzgada.

En Austria se han admitido revisiones de procesos solo cuando el Fiscal General (*Generalprokurator*) ha interpuesto una demanda de nulidad de una sentencia penal impugnada en interés de la aplicación de la ley, cuando haya habido violación o incorrecta aplicación del derecho.

En Austria, precisamente, se ha dado una situación sin precedentes, aprobando el Parlamento una ley *ad hoc* para así aplicar la doctrina del TEDH a los *Casos Pataki v Dunshirn*. La Ley revisó sendas sentencias firmes antes de que fueran recurridas y examinadas por el propio Tribunal Europeo (7)

En algunos cantones suizos y en Bélgica se sigue el modelo austriaco y luxemburgués: en caso de violación del CEDH por una sentencia penal de un tribunal nacional, así apreciada por sentencia del TEDH, se ejecuta esta última y se anula la sentencia del tribunal nacional.

7. España: la reforma del recurso de revisión por la Ley Orgánica 7/2015, del 21 de julio, y la Ley 41/2015, del 5 de octubre.

En el caso Bultó (S TC 245/1991, del 16 de diciembre), el Tribunal Constitucional aceptó la fuerza ejecutoria directa de una sentencia del TEDH sobre la base de forzar la admisión de un recurso de amparo de condenados con vulneración por tribunales nacionales de las garantías procesales, según la opinión del Tribunal de Estrasburgo. Para el TC español, había que admitir el amparo en ese caso, porque la lesión del derecho fundamental seguía produciéndose y el derecho violado era la libertad personal.

Después de esa sentencia, no hubo ninguna otra que permitiera utilizar la vía del amparo para ejecutar una sentencia del TEDH. Otras vías resultaron estériles ante el Tribunal Constitucional: incidente de ejecución (2006), incidente de nulidad de actuaciones (2005) o recurso extraordinario de revisión (2001).



Más recientemente, solo cabe aludir a un caso: por medio de un Auto de 13.5.2013, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español, utilizando la reforma de la nulidad por la Ley Orgánica 6/2007, llegó a la conclusión de que se podría ejecutar una sentencia del TEDH contraria a una sentencia firme de un tribunal nacional por medio del incidente de nulidad de actuaciones, siempre que se dieran las circunstancias del caso Bultó: asunto penal, violación del derecho a la libertad personal y permanencia de la violación. Este Auto del Tribunal Supremo no resultó convincente para la doctrina (Pedro Tenorio), que consideró que hacer prevalecer las sentencias del TEDH sobre sentencias firmes españolas correspondía al legislador (8).

La posición mayoritaria de la doctrina, “de lege ferenda”, es que cabían dos soluciones: o bien establecer por ley una nueva causa de revisión de sentencias firmes con autoridad de cosa juzgada, en todos los órdenes jurisdiccionales, cuando el TEDH haya fallado que una sentencia de un tribunal nacional es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos; o bien promulgar una reforma ad hoc del propio Convenio, a través de un Protocolo sobre ejecución de sentencias, que establezca esa vía con carácter general (Bujosa) (9).

El legislador español ha seguido la única vía que estaba en su mano: la de una ley que estableciera un nuevo supuesto de recurso de revisión, que se produciría cuando una sentencia del TEDH considerase contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos una sentencia firme de un tribunal español. Esa es la solución —correcta y precisa, en nuestra opinión— que ofrece la Ley Orgánica 7/2015, del 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 41/2015 que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.). Vamos a examinar en detalle esta normativa.

La racionalidad de la modificación legal que acomete la Ley Orgánica 7/2015, en lo relativo al TEDH, —que es solo una parte de la norma, pues su objetivo central es reformar en otras materias la LOPJ— está explicitada en el Preámbulo de la mencionada Ley 7/2015:

“Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para



la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «a quo». Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución”.

En congruencia con esta manifestación de intenciones, la Ley 7/2015 sitúa el objetivo general en el artículo 5bis nuevo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice así:

Artículo 5 bis: *Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.*

No hay margen para la duda en este precepto. Con carácter general, y siguiendo las normas procesales “de cada orden jurisdiccional”, este art. 5bis LOPJ crea un nuevo motivo añadido a los que permiten en nuestro ordenamiento jurídico interponer un recurso tan extraordinario como el de revisión. “Extraordinario”, porque es la única forma de poner en cuestión una sentencia ya firme, contra la que no cabría interponer recursos “ordinarios”.

El legislador es siempre reacio a establecer nuevos motivos para el recurso de revisión –ante el Tribunal Supremo, en cualquier caso–. La seguridad jurídica (art. 99.3 de la Constitución) se vería seriamente afectada si fuera sencillo revisar sentencias que son firmes y gozan del efecto de cosa juzgada. A pesar de ello, ha terminado por imponerse una solución en la que España es pionera, y que es una manifestación del respeto a la autoridad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, el TEDH adquiere claramente una naturaleza jurisdiccional que se acerca a un Tribunal nacional y se aleja de un Tribunal en la órbita del Derecho Internacional. Quiebra, de alguna manera, el muro que separa el derecho interno del Estado soberano y el derecho internacional con orígenes en Westfalia hace varios siglos.



No obstante, el artículo 5bis prevé condiciones para que sea admisible la revisión de una Sentencia firme. La sentencia del TEDH solo prevalecerá sobre la del tribunal español, y se admitirá por tanto el recurso, cuando la violación del CEDH atribuida a esta sentencia, “por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Es importante notar que el artículo 5bis de la LO 7/2015, que reforma la LOPJ 6/1985, se refiere a “cada orden jurisdiccional”. No hace excepción, contra lo que sucede en la casuística de otros países, que limitan la revisión a causas penales en las que está en juego la libertad de las personas. Es una reforma del recurso de revisión de extraordinaria extensión y profundidad. Siempre será posible –en todos los órdenes jurisdiccionales– cuando una sentencia firme de un tribunal español haya vulnerado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y así haya sido apreciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con ello se resuelven los problemas que se habían suscitado en el pasado, al no haber cauces procesales para hacer ejecutar una sentencia del TEDH cuando se refería a una sentencia firme española.

La Ley Orgánica 7/2015 no se limita proclamar con carácter general que es posible la revisión de sentencias firmes de tribunales españoles ante sentencias contrarias del Tribunal Europeo. También prevé la reforma, en idéntica dirección, de las leyes procesales correspondientes a cada jurisdicción, con lo que suministra al posible recurrente en revisión todos los instrumentos jurídicos. Se complementa con la reforma del recurso de revisión en la LECr. por la Ley 41/2015.

Por último, debemos subrayar el vacío que aun hay cuando la sentencia del TEDH considera que quien ha vulnerado el CEDH es el Tribunal Constitucional (TC). Esto exigiría reformar la Ley Orgánica del TC, pero no ya para establecer un nuevo recurso de revisión, sino otra figura procesal, cuya gestión tendría que ser una función del propio Tribunal Constitucional.

8. La evolución de la eficacia de las sentencias del TEDH.

Con independencia de lo referente a la ejecución directa de las sentencias del TEDH, lo cierto es que este Tribunal (como la Corte Interamericana) ha evolucionado en una doble dirección. En primer lugar, ampliando su



enfoque o punto de vista hacia un horizonte más amplio que el puro caso concreto que examina, proponiendo reformas legales que reparen la vulneración del CEDH (o del CIDH) de modo que se eviten nuevos casos. Se ha producido, sin duda, en aumento de la auctoritas del TEDH (y el CIDH).

En segundo lugar, el TEDH se ha ido abriendo cada vez más a la influencia venida de los tribunales nacionales, es decir, aceptando la perspectiva de estos y matizando su propia jurisprudencia, en una especie de “diálogo” entre tribunales (Luis López Guerra) (10). Se manifiesta aquí también el principio de subsidiariedad.

Este fenómeno, plasmado en conceptos tales como el “margen de apreciación” de los tribunales nacionales, adaptándolo a las características del derecho nacional, se ha proyectado en los Protocolos 15 y 16 del CEDH. Son textos aun no en vigor. El Protocolo 15 plasma el concepto de “margen de apreciación”, como un aspecto del principio de subsidiariedad (Geir Ulfstein). Todo ello, asumiendo que el TEDH está en la mejor posición para lograr un “consenso interpretativo” sobre el CEDH entre los 47 países que forman parte de ese Convenio. De este modo se evita que el “margen de apreciación” no desemboque en fragmentación legal.

El sistema del CEDH tiene una naturaleza diferente al monolitismo de los sistemas jurídicos nacionales. Así, como apunta Ulfstein (11) los tribunales nacionales pueden resultar ser “mediadores” entre los sistemas legales nacionales e internacionales, y también entre sistemas nacionales diferentes.

En esa dirección va el *non nato* Protocolo 16, que autoriza a los tribunales nacionales a requerir una opinión al TEDH sobre la interpretación del Convenio en el contexto de casos de que se ocupan. Es esta otra contribución al “diálogo entre tribunales” propia de la globalización que vivimos.

NOTAS

- (1) NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2014, p. 23s.
- (2) Vid. el excelente análisis que desarrolla el magistrado Niño Estébanez. *Ibidem*. pp. 39ss.

- (3) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Eficacia de la Sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman v. Uruguay*). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, 2013. Este artículo reproduce el voto razonado a la Resolución de la Carta Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.
- (4) BUJOSA VADELL, Lorenzo M. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997.
- (5) NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 48.
- (6) RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid, 1997.
- (7) BUJOSA VADELL, cit., p. 203.
- (8) TENORIO, Pedro. *Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, UNED, Revista de Derecho Político, nº 88, 2013, pp. 130 a 132.
- (9) BURJOSA, cit., pp. 205ss y 215ss. El autor ha puesto BURJOSA y BUJOSA
- (10) LÓPEZ GUERRA, L. *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias*, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 154ss.
- (11) ULFSTEIN, G. *The European Court of Human Rights and national courts: a Constitutional relationship* en *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection* New York, 2016, pp. 47ss.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2013.
- CACHO SÁNCHEZ, Y. “Fundamento de las críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Del Río Prada c. España*”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2014), pp. 491-525.
- LOZANO EIROA, Marta. “Principio de legalidad y ejecución de las sentencias del TEDH: *STEDH Del Río Prada c. España* de 21 de octubre de 2013”, en *Revista General de Derecho Europeo* 32 (2014).
- Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. *Sistemas penales europeos*, Madrid, 2009.



La defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales? Madrid, 2015.

RIPOL CARULLA, S. El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, Barcelona, 2007.

RIPOL CARUJLA, S. y VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., Pariente de Prada, J., Ugartemendia Eceizabarrena, J.I. España en Estrasburgo. Tres décadas bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Navarra, 2010.

The background features a stylized sun in the upper half, composed of a dark brown outer arc and a lighter brown inner arc, set against a yellow background. The lower half of the image is a light gray background with a large, dark brown, stylized leaf or petal shape that overlaps the sun's lower edge. The text is centered in the middle of the image.

TERCERA
JORNADA
14 DE OCTUBRE DE 2016

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Dr. Hernán Alejandro Olano,
constitucionalista colombiano



Dr. Hernán Alejandro Olano

Abogado, con estancia Post Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España; estancia Post Doctoral en Historia en la Universidad del País Vasco como Becario de AUIP; Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico; es Magíster en Relaciones Internacionales y Magíster en Derecho Canónico y posee especializaciones en Bioética, Derechos Humanos, Derecho Administrativo y Gestión Pública, Liderazgo Estratégico Militar, Gestión Ambiental y Desarrollo Comunitario y, Derecho Constitucional. Es el Director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de La Sabana, donde es Profesor Asociado y Director del Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”. Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Individuo Correspondiente de la Academia Colombiana de la Lengua, Miembro Correspondiente de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales y Miembro Honorario del Muy Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Cabildero Inscrito ante la Cámara de Representantes. Correo electrónico hernan.olano@unisabana.edu.co. Cuentas en Twitter e Instagram: @HernanOlano Blog: <http://hernanolano.blogspot.com>

Los dos sistemas del precedente jurisdiccional en Colombia

RESUMEN: El precedente en el ordenamiento colombiano, como principio general en el cual se apoyan los jueces para dictar sus decisiones, tanto en materia constitucional como en materia contencioso administrativa, no es uno solo; corresponde actualmente a dos corrientes, que generan tensión y conflicto, en un permanente «choque de trenes».

ABSTRACT:

PALABRAS CLAVE: Sentencia de la Corte Constitucional. Precedente Constitucional. Jurisprudencia. Efectos de la Sentencia. Consejo de Estado.

KEY WORDS: Sentence of the Constitutional Court. Constitutional precedent. Jurisprudence. Effects of the Sentence. Council of State.

INTRODUCCIÓN:

Este es un trabajo más bien descriptivo que analítico, en el cual se pretende mostrar cuál es el uso del precedente en el ordenamiento colombiano, tanto en materia constitucional como ahora, en materia contencioso administrativa, debido a la importancia que el mismo ha adquirido en todas las jurisdicciones que tienen su competencia en este país, siendo hoy en día una de las principales fuentes del derecho positivo nacional, pero también, del «dualismo judicial» (LÓPEZ: 2016, 13), que implica un continuo «choque de trenes»; esto, debido a que “La doctrina del precedente, pues, se mueve hoy en día entre el mundo de la resolución masificada de conflictos y el interés de llevar los principios constitucionales al derecho



ordinario. Estos dos objetivos no están en relación lógica de contradicción, pero han avanzado en el derecho colombiano por el esfuerzo de élites y proyectos políticos diversos que, al día de hoy, no están plenamente reconciliados” (LÓPEZ: 2016, 30).

En Colombia, como respuesta a la congestión de la rama judicial, desde el año 2010, al expedirse la Ley 1395 (Ley de descongestión judicial y de manera especial, su artículo 114) y, en los primeros días de enero de 2011, al promulgarse la Ley 1437 (nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), la discusión que se había tenido desde la década de los 90 del siglo XX, en cuanto a la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales vuelve a tomar valor, por considerárseles también la “razón de la decisión”, y componente inherente de la actividad judicial dentro del Estado de Derecho; por tanto, con el presente estudio acerca de los precedentes constitucional y contencioso administrativo, buscamos establecer si este último es ya autónomo con base en las nuevas disposiciones legales, o si por el contrario, sigue estando supeditado al principal y más efectivo precedente utilizado hoy en día en Colombia dentro de ese debate del foro, el precedente constitucional.

Para la Real Academia Española (Real Academia Española, 1992), *precedente* se define por la acción de preceder. “*Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. 2. M. antecedente, acción o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores. 3. Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta*”.

Mientras que en el *Dictionary of Law* (Black, 2009), se define el *precedent* como “*something such as a judgment which has happened earlier than the present, and which can be a guide to what should be done in the present case. To set a precedent to make a decision in court which will show another courts how to act in future. To follow a precedent to decide in the same way as an earlier decision in the same type of case*”.

Ante lo cual, el profesor Santofimio Gamboa, citando a Gustav Radbruch (Santofimio Gamboa, 2010, p. 12), agrega que “*el precedente –precedent–, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico con influencia anglosajona –common law–, o sistema del Derecho de los jueces o*



jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos –case law–, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho”.

La figura del precedente se remonta a Inglaterra, donde sir William Black Stone (Blackstone), tuvo el mérito de ser uno de los primeros en ocuparse de esta figura en sus comentarios a las leyes inglesas observando la necesidad de atenerse a las *established rules* o reglas establecidas para mantener la balanza de la justicia en su fiel. Sin embargo, ese sistema, de origen anglosajón, fue muy criticado cuando comenzó a utilizarse en Colombia, pues cuando se decía que los jueces debían someterse al “imperio de la ley”, se presuponía que quedaban excluidas la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho y, por supuesto, la jurisprudencia. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana dispuso que por la expresión “imperio de la ley”, debía entenderse no solo en sentido formal la ley, sino también su interpretación, la cual se hace a través de la jurisprudencia, pretendiendo crear un nuevo orden jurídico transformador y promotor de esta nueva fuente de derecho en nuestro ordenamiento, hasta el punto de considerarse que la plena certeza para interpretar la ley es el uso del precedente y de ningún otro método de interpretación, pues las razones que sirven de sustento a las decisiones, aquello que vincula la parte considerativa de la sentencia con su parte resolutive, es decir, las *ratio decidendi*, como soluciones jurídicas a una solución fáctica particularmente estudiada, se han convertido en antecedentes vinculantes, es decir “a una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad” (Santofimio Gamboa, 2010, p. 24), más conocidos como *stare decisis*.

En uno de los países con sistema propio del *Common Law*, como lo es los Estados Unidos de Norteamérica, el principio del precedente, conocido como del *stare decisis*, sumado a la cláusula de supremacía de la Constitución y a la facultad de la Suprema Corte de revisar las decisiones de los tribunales de los Estados con respecto a cuestiones relativas al derecho federal, hace que la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte federal sea vinculante para todos los jueces y tribunales, federales y estatales de ese país. Así, los efectos de esas decisiones, que integran sus precedentes, hacen que se reconozca que “una sentencia judicial es vinculante con respecto a los derechos y deberes de las partes en cuanto a la controversia resuelta por el tribunal; y todos reconocen que los demás poderes deben



respetar la sentencia judicial en ese sentido” (Barker, 2010). Y, no son pocos los ejemplos¹ sobre esa consideración, la cual hace que “*la jurisprudencia constitucional, además de su fuerza dentro del sistema judicial, también produce efectos a largo para los otros poderes del gobierno*” (Barker, 2010, p. 698).

Para Cavanna (Santofimio Gamboa, 2010, p. 17), el verdadero diseñador de la cultura esquelética del sistema del *common law* fue la *curia regia*, también conocida como Consejo Real o, especialmente en Inglaterra, como *King’s Council* (organismo que fue característico de la organización política de los inicios del bajo Medioevo), la cual, en tiempo de los normandos, fue motor y centro de las actividades y funciones del gobierno y sede de las actividades decisorias relativas a los negocios del reino. “*Fue el centro de competencias reales, la dirección del Estado y el funcionamiento de las instituciones públicas. Entre estas funciones naturales le correspondía la actividad judicial que, como se recordará, era típica del rey, como responsable de la pax pública, pero que ejercía con la colaboración de la curia regia*”.

Y se agrega, para complementar el presente estudio evolutivo del precedente y siguiendo a Santofimio (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 17-18),

1 El profesor Robert S. Barker, de la Duquesne University School of Law de Pittsburgh, Pennsylvania, Estados Unidos, expone los siguientes tres ejemplos, que bien vale la pena reseñar:

“*En 1958, en el caso <Cooper v. Aaron>, la Corte Suprema declaró inconstitucional el intento del Estado de Arkansas de impedir el cumplimiento de una orden de un juez federal de primera instancia ordenando la integración racial de una escuela pública. La Corte Suprema declaró: “(...) el Poder Judicial federal es supremo en la exposición del derecho constitucional (...). Por eso, la interpretación (de la Constitución) enunciada por esta Corte (...) es la suprema ley del país (...)”.* 358 US at 18, 78 S. Ct. al 1409-1410, 3 L. Ed.2d at 16-17.

En 1997, en el caso <City of Boerne v. Flores>, cuando el Congreso de los Estados Unidos trató de imponer, por ley, su propia interpretación de la garantía de la libertad religiosa, en contra de la interpretación anunciada pocos años antes por la Corte Suprema, la Corte declaró inconstitucional la ley federal y proclamó la supremacía de los precedentes de la Corte Suprema y su fuerza vinculante para todos los poderes públicos: “Cuando esta Corte interpreta la Constitución, actúa dentro de las facultades del Poder Judicial, que incluye el deber de decir lo que es la ley (...). Cuando los poderes políticos del gobierno actúan en contra de una interpretación judicial de la Constitución, debe entenderse que en futuros casos la Corte tratará sus propios precedentes con el respeto que ellos merecen de acuerdo con los principios establecidos, incluso stare decisis (...). 521 US at 536, 117 S. Ct. al 2171, 138 L.Ed.2d at 649.

La magistrada Sandra Day O’ Connor, en su opinión separada, enfatizó esta supremacía judicial en términos aun más fuertes, cuando dijo: (...) cuando el Congreso adopta leyes (...) debe hacerlo de acuerdo con la exposición de la Constitución hecha por esta Corte. 521 US at 545, 117 S. Ct. al 2176, 138 L.Ed.2d at 655”.



que para cumplir con las anteriores funciones, la *curia regia* generó tres grandes cortes judiciales de *Westminster*:

1. La *Exchequer*, corte creada en la primera mitad del siglo XII y cuyo oficio específico consistió en el juzgamiento de la actividad contable y financiera del Estado; con posterioridad, también se extendió su competencia a la actividad privada;
2. La *Court of Common Pleas* (Corte de la audiencia común), creada como parte del *King's Council* por el rey Enrico II en 1178; se caracterizaba porque acompañaba al rey en su administración de justicia por todo el reino; estaba compuesta por cinco jueces (dos eclesiásticos y tres laicos) y fue asignada a *Westminster* después de la Carta Magna de 1215; le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria, y
3. La *Court of Ecclesiastics Bench*, que era el organismo más vinculado al rey: sus miembros, se suponía, debían deliberar en presencia del rey; le fueron asignadas las causas más importantes del reino, tanto civiles como criminales, principalmente en materia de daños y de actos ilícitos realizados con violencia o cuando turbaran el orden y la paz del reino.

Estas tres cortes, con sus decisiones, dieron origen al *common law*, prácticamente hasta la reforma constitucional de 1873, siendo fuentes conformadoras y fuentes del sistema inglés de justicia común para el reino.

Roger Rodríguez Santander expresa que “*hablar del instituto del precedente en una realidad jurídica que responde históricamente a la tradición o familia romano-germánica, es todavía una buena forma de despertar enraizados prejuicios. Más concretamente, afirmar que una sentencia (o parte de ella) puede ser considerada una fuente de Derecho, parece ser mal recibido por los seguidores de las cunas del civil law. Inmediatamente, surgen las voces que acusan al suceso de significar una usurpación de las competencias (¿y la primacía?) del Parlamento, advirtiendo además de que ello supondría importar instituciones del common law a tradiciones jurídicas ajenas*”. (Rodríguez Santander, 2007, p. 19).

De esta manera, agrega el profesor Rodríguez (Rodríguez Santander, 2007, p. 63), se presenta una fusión entre la tradición anglosajona del



precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. *“Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente creadora de Derecho. Mientras que los caracteres del civil law se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva que se proyecta con la misma rigidez con la que lo hace el Derecho legislado”*.

En los Estados Unidos, la doctrina del precedente, o del *stare decisis*, propia del *common law*, según un tratadista argentino (Sagüés, 2007, p. 150), concluyó dando efectos vinculantes a las sentencias de muchos tribunales, y de modo especial, a los fallos de la Corte Suprema de Justicia federal, en particular después de *Cooper Vs. Aaron*. *“No será fácil a un tribunal inferior evadirse de la doctrina judicial de la Corte Suprema. Ese Derecho consuetudinario constitucional es por cierto muy sólido, y de cierta manera erosiona el carácter inicialmente «difuso» del control de constitucionalidad, al limitar la capacidad de análisis constitucional de los jueces inferiores al alto tribunal. A su turno, cuando la Corte Suprema cambia de criterio, se toma generalmente el trabajo de justificar el cambio”*.

Manuel Ossorio (Ossorio, 2006, p. 749) en su *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*, define el precedente como *“anterior en el tiempo o en el espacio. Resolución similar de un caso planteado antes y que se invoca para reiteración por aquel a quien favorece”*.

Jhonny Tupayachi Sotomayor (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 29), expresa que constituye un “precedente”, para los fines de interpretación jurídica, *“toda decisión judicial que tenga alguna relevancia para el juez que debe resolver el caso”*, lo cual permite apreciar que es una definición muy amplia, ya que no le pone restricciones al momento de emitirse esa decisión, ni a la categoría de la misma, sea auto o sentencia.

Los precedentes pueden ser creativos, si crean o aplican una nueva norma y, declarativos, si se limitan a aplicar una disposición ya existente, a lo cual hay que agregar que Michelle Taruffo (Taruffo, 2007, p. 87), en su artículo *“Precedente y Jurisprudencia”*, señala la gran importancia de la utilización del precedente y de la jurisprudencia en la vida del derecho de los ordenamientos modernos, no solo porque está presente en el sistema del *Common Law*, sino porque además se ha venido incluyendo en el sistema del *Civil Law*, donde precisamente se hace en verdad un amplio uso de la jurisprudencia.



Y es que la jurisprudencia, en cuanto fuente mediata o indirecta, o inmediata y directa del nuevo derecho constitucional, es un conjunto de decisiones pronunciadas por los tribunales que tienen al cuidado las normas y, particularmente de la Corte Constitucional y ahora del Consejo de Estado colombiano, a través del precedente como intérpretes uniformes y constantes del derecho, no obstante que, “tradicionalmente, la jurisprudencia había sido señalada como una fuente secundaria del derecho; y, aunque se reconocía su importancia en el desarrollo de la interpretación de algunas normas jurídicas, su posición era, en términos generales, marginal (LÓPEZ: 2016, 14).

Como es sabido, la ciencia del Derecho se identificaba con la expresión jurisprudencia, mucho tiempo antes de que se dijera que este correspondía a las decisiones judiciales y a los pronunciamientos de los tribunales, representadas en la doctrina y las reglas o sentencias que se contenían en ellas. “Dicha marginalidad tenía varias expresiones. La más importante de ellas podía explicarse de la siguiente manera: aunque era cierto que los abogados presentaban en sus memoriales interpretaciones normativas extraídas de la jurisprudencia, a tales invocaciones no se les otorgaba un peso jurídico definido, eran vistas como meramente “probables”, y no ataban a los jueces, quienes sentían que, a partir del texto de la ley, podían decidir con total libertad frente a exigencias de coherencia decisional con fallos anteriores. La obligación judicial de mantener coherencia jurisprudencial no era, en realidad, muy fuerte...” (LÓPEZ: 2016, 14).

Hoy en día se ha deslindado la expresión «Derecho» del significado de «jurisprudencia», mostrando que esa es la labor encomendada a los jueces para producirla. Según un tratadista peruano (Grández Castro, 2007, p. 81), *“Es esta presencia inusitada de los jueces en las sociedades contemporáneas la que debe también ser valorada cuando se trata del precedente constitucional. Es decir, se trata de una herramienta para la incorporación «de aquello sobre lo que no se vota» que es, en esencia, la actividad de los Tribunales Constitucionales en las sociedades contemporáneas. Si aquello sobre «lo que sí se vota» se concreta a través de la legislación, en cambio, los derechos y su concreción a través de las decisiones del Tribunal Constitucional, parecen reclamar nuevas formas de expresión para hacer su ingreso en el sistema de fuentes del Derecho. Una aparición que, por cierto, reclama una especial ubicación: esto es, la de la dimensión de las normas con fuerza y jerarquía constitucional”*.



El mismo Tupayachi (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 29), siguiendo a Chamberlain, nos comparte la definición del precedente en el *common law*, al decir que es “*Una decisión de un tribunal o de un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real*”.

En el caso de México, Rubén Sánchez Gil y Eduardo Ferrer MacGregor (Ferrer Mac Gregor y Sánchez Gil, 2009, p. 781), indican que “*el uso de precedentes busca primordialmente satisfacer el principio de igualdad en la aplicación de la ley: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también se cumpliría el fin <burocrático> de mantener la estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico; por lo tanto, la aplicación a un nuevo caso particular del principio abstracto de resolución que contenga una resolución judicial, está condicionado a que existan elementos similares que justifiquen seguirlo. En términos generales, el precedente judicial 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*”.

Por eso, el precedente no puede estar integrado por decisiones esporádicas e inconsistentes, sino que debe proporcionar “*uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional*” (Linares Quintana, 1987, T. 2, p. 483). Hasta no hace mucho, “los abogados ciertamente citaban jurisprudencia en sus memoriales, pero no pensaban que tales invocaciones fueran “argumentos ganadores” en el ir y venir de la dialéctica forense...” (LÓPEZ: 2016, 15).

Se debe agregar que “*Although English law is increasingly governed by statute, the doctrine of precedent still plays a major role. The decisions of higher courts bind lower courts, except in the case of the Court of Appeal, where the court has power to change a previous decision reached per incuriam. Cases can be distinguished by the courts where the facts seem to be sufficiently different*”. (Black, 2009, pp. 209-210).



Con la vigencia del Código Procesal Constitucional en el Perú², “la actual y frondosa doctrina de ese país sobre la materia”, es un referente importante en cuanto al precedente, arrancando con el artículo VII del citado Estatuto, que dice:

“(...) Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoría 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, deben expresar los fundamentos de hecho y de Derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta el precedente”.

Luego, en 2003, el Tribunal Constitucional del Perú en el expediente 024-2003-AI/TC., definió el precedente como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto, la cual va a establecerse como regla general, y por lo mismo, deviene en pauta normativa para la resolución de futuros casos de naturaleza análoga. Su objeto sería, por un lado asegurar predictibilidad, orden y coherencia de su jurisdicción; y de otro lado, consolidar el rol y/o poder normativo del juez y/o Tribunal Constitucional”. Esta definición se complementó con la de Roger Rodríguez (Rodríguez Santander, 2007, p. 55), quien dice que el precedente “alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un futuro caso sustancialmente homólogo”.

Allí en el Perú, estudiosos como Víctor García Toma (García Toma, 2009, pp. 61-62), ha dicho que la función integradora del Tribunal Constitucional permite llenar vacíos normativos a través del precedente vinculante y dicha función, puede ser verificable a través de la expedición de sentencias que lo conformen, cuando quiera que se presente a su juicio, alguna de las siguientes situaciones:

- Cuando, a pesar de la existencia de una prescripción jurídica, se entiende que esta se ha inscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades.

2 PERÚ. Código Procesal Constitucional. Ley # 28237. En www.caipe.org.pe consultado en febrero de 2016.



- 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 existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área particular con conflicto intersubjetivo.
- Cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.
- Cuando se acredita la ausencia absoluta de norma.
- Cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas.
- Cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente.

Por tanto, la obligación de aplicar el precedente en esta nación vecina, “*no vulnera la independencia judicial pues la magistratura del Perú se encuentra vinculada a la Constitución, la ley y los precedentes del Tribunal Constitucional. En caso de conflicto entre un precedente del Tribunal Constitucional y uno de la Corte Suprema prevalece lo resuelto por el Tribunal Constitucional*” (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 36).

En Argentina, un país ajeno al sistema del *common law* (Sagüés, 2007, p. 150), su Corte Suprema nacional “*creó una especie de stare decisis criollo, respecto de los fallos de ella misma. No tan fuerte como el estadounidense, permite apartarse de su eficacia vinculante quizá con mayores excusas y posibilidades de éxito, en tanto que el tribunal del caso proporcione nuevos y relevantes argumentos para eludir la directriz de la Corte. Actualmente, muchos tribunales supremos provinciales, con o sin norma habilitante, están intentando lo mismo respecto de su jurisprudencia. En ciertos casos se trata de un Derecho consuetudinario en gestación. Por lo demás, en el orden federal, la Corte Suprema ha señalado los caminos por los cuales ella puede dejar sus mismos precedentes*”.

En el caso de Bolivia, José Antonio Rivera Santiváñez (Rivera Santiváñez, 2009, p. 711), realiza un análisis de la fuerza vinculante de



la jurisprudencia constitucional, expresando que esta se refiere a “la obligatoriedad horizontal (para el propio Tribunal o Corte Constitucional o tribunales ordinarios de su misma jerarquía), y vertical (para los jueces y tribunales de jerarquía inferior) que despliega la parte de la ratio decidendi de una sentencia constitucional. Ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las sub reglas creadas por el intérprete de la Constitución, extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente, por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos”.

En otro estudio, Rivera Santibáñez, agrega “en definitiva, la jurisprudencia constitucional debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en la aplicación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico del sistema constitucional” (Rivera Santiváñez, 2007, p. 164).

En el caso de Venezuela, “siguiendo la distinción de Mauro Cappelletti, el precedente constitucional emana tanto de la aplicación del método difuso, como del método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, toda vez que en nuestros predios judiciales coexisten, dando lugar al control integral o mixto, que encabeza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” (Meier García, 2007, p. 198).

Dice el profesor peruano Javier Adrián Coripuna, que “precisamente, la fuerza vinculante de la jurisprudencia puede ser entendida como aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige que tanto los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (precedente vinculante vertical)” (Coripuna, 2007, p. 119).



En Colombia:

La Corte Constitucional colombiana, entre 1995 y 2001, “en virtud del principio de igualdad, las personas tenían un derecho subjetivo público de rango constitucional (y, hoy en día, de hecho, un “derecho fundamental” reconocido) a que sus casos fueran resueltos de manera normativamente coherente con las decisiones anteriores que los jueces hubiesen expedido con respecto a los mismos temas. A la Corte Constitucional le interesaba la construcción de esta doctrina, porque de esta manera podía amplificar el impacto social de sus decisiones de protección de derechos fundamentales, vinculando así a otros jueces y actores sociales al contenido obligatorio de sus fallos. Al hacer esta exigencia, la Corte Constitucional se sintió también en la obligación de mantener mayores niveles de coherencia interna (precedente horizontal) entre sus fallos, para poder generar un magisterio constitucional que fuera replicado por otros actores estatales y no estatales mediante el precedente vertical y el efecto horizontal de los derechos. Fue aquí mismo donde se empezó a hacer patente la necesidad de emprender estudios dinámicos de los precedentes para poder apreciar la formación (o no) de líneas jurisprudenciales bien establecidas en las que pudiera fundarse el derecho al trato jurídico igualitario que exigía la nueva doctrina” (LÓPEZ: 2016, 16 – 17).

Sin embargo, no sería sino hasta en la Sentencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla T-014 de 2009, cuando se explica la clasificación del precedente en los siguientes términos: “*La jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite*”.

Es entonces importante reseñar que las tendencias globales parecen indicar que la mayor parte de los países de nuestro continente convergen poco a poco en el sistema de precedentes vinculantes, y estos juegan una importante misión en el proceso de creación de las demás decisiones judiciales en todas las ramas y ámbitos del Derecho³ y, en cuanto al pre-

3 Por ejemplo, MENDIVIL GUZMÁN, Pedro Gabriel. *El precedente constitucional en la exigibilidad de los derechos sociales*, en: *Jurídicas CUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, # 4, Barranquilla, julio – diciembre de 2007, pp. 7-15.



cedente administrativo o contencioso administrativo, que se desarrolla más adelante, este opera, según la doctrina (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 26-27), “en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que esta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación”; por tanto, “el precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”.

Debemos recordar, sin embargo, que la importancia de las razones o motivaciones de la decisión, lo que en última instancia sería el fundamento para el principio del precedente, ha sido expuesta por el primer presidente del Tribunal Constitucional de España, don Manuel García Pelayo: “Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación” (Asbún Rojas, 2010).

Claro que, para el caso de Colombia, en la Sentencia T-337 de 1995⁴, la Corte Constitucional había ya advertido acerca del carácter no vinculante del precedente, al tenor de la siguiente consideración, que incluye el «patrón fáctico» (hechos de la demanda):

“El precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (...) De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerden con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”.

De ahí que en Colombia, prácticamente desde 1991, se haya venido dando una discusión sobre si las decisiones de la Corte Constitucional poseen o no el carácter de precedente y por eso, hemos estado sometidos los ciudadanos, en muchos temas, a las minorías, que son su sala plena, la cual expresa su personal criterio en un país supuestamente pluralista, donde en repetidas ocasiones se da el “imponer a la nación entera un texto legal inexistente, contrario por lo demás a la Carta Magna, al cambiar o

4 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-337 de 1995.



limitar el claro sentido de aquel declarado exequible de manera condicionada, y asumir así un papel que no le corresponde". (Olano García, 2006).

El magistrado mexicano Jaime Manuel Marroquín Zuleta (Marroquín Zuleta, 2008, p. 63), explica, desde el movimiento jurídico norteamericano, que *"la sentencia no es un silogismo ni desde el punto de vista psicológico, ni como complejo de ideas"*. Y lo justifica así:

"Hace tiempo, se llevó a cabo una encuesta de alcance mundial entre jueces de todos los niveles, pidiéndoles que expusieran el modo como funcionaba su mente al impartir justicia. Las contestaciones fueron muy parecidas. Al enfrentarse con el proceso, se sentían como en un mar de tinieblas. Examinaban el asunto en todas sus fases. Súbitamente, se hacía claridad y el juez sabía cómo sentenciar: aparecía el fallo en esbozo. En este boceto se contenía la decisión, los hechos probados debidamente calificados y la consideración de los mismos a la luz de la norma jurídica pertinente: Primero no había nada y luego un triángulo ya constituido y no formado por adhesión sucesiva de sus tres lados. Jerome Frank (realista norteamericano), denominó a este acto mental "hunch", que equivale a "corazonada, premonición, presentimiento o latido". En realidad se trata de una clara intuición intelectual.

Como se ve, los anteriores argumentos tienden a demostrar, que la sentencia es un acto predominante volitivo, en la que el juzgador se ve obligado a hacer una serie de juicios axiológicos. Además, la parte esencial de la sentencia que es la decisión jurisdiccional, está determinada básicamente por un juicio de carácter intuitivo".

En su tesis doctoral, traducida al libro *"Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales"*, el profesor Gabriel Mora Restrepo (Mora Restrepo, 2009) estudia casos reales y controvertidos fallados por la Corte Constitucional colombiana y que hoy se consideran como "precedentes incontrovertibles", aunque, como se expresó en la reseña del texto⁵, Mora Restrepo *"pone en evidencia cómo los jueces constitucionales desconocen elementos centrales de todo proceso de razonamiento jurídico, generando así un conjunto de decisiones que distan mucho de las exigencias de la justicia y el orden constitucional"*.

5 JURISABANA VIRTUAL, año 2 # 43, semana del 13 al 17 de abril de 2009.



El estudio que realiza Mora Restrepo se fundamenta en lo que se han denominado los “casos difíciles”, definidos por el ilustre profesor chileno José Luis Cea Egaña (Cea Egaña, 2009, p. 753), como *“aquellos que presentan alternativas de interpretación de la Ley Suprema, variadas y contradictorias, en asuntos que han concitado el interés público y la atención de los órganos estatales autónomos, en especial el legislador y el gobierno. Tales casos van en aumento constante en nuestra Magistratura, confirmando la regla general que asigna, a esa especie de Tribunal, roles tan delicados como trascendentales para la estabilidad y consolidación de la Constitución en democracia”*.

Gabriel Mora Restrepo recuerda el momento en el cual en Colombia se despenalizó la eutanasia en 1997 y uno de los ponentes de la iniciativa, el entonces magistrado Carlos Gaviria argumentó que la decisión tomada por el Tribunal obedecía a que *“la Constitución tiene conceptos vacíos en los cuales caben distintas concepciones, incluso contradictorias entre sí”*. *“Según esta tesis —sostiene Mora— los textos constitucionales no tendrían fuerza jurídica propia, sino que serían dependientes de la lectura que cada intérprete haga de ellos. Si esto es así, resultaría tan constitucional como inconstitucional permitir la eutanasia como castigarla; legalizar la dosis personal de la droga como prohibirla; legalizar el aborto como condenarlo, todo lo cual dependería de las mayorías imperantes en la Corte en un momento determinado, lo cual transforma a la Constitución en un instrumento de lucha ideológica entre quienes están llamados a defenderla: los jueces constitucionales”*.

En contra de estas tesis, que tanto arraigo han encontrado en ciertos ambientes académicos colombianos, Mora Restrepo *“propone el ejercicio de una judicatura responsable y muestra que existen alternativas, condiciones y reglas de razonamiento jurídico para tener en cuenta en los procesos judiciales, de forma que estén acordes con la teoría de la justicia y no con el juego de los intereses personales de los jueces”*. Ninguna razón más apropiada que la expuesta, ya que la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional (el precedente obligatorio), posee su fundamento en el resguardo de la igualdad de los asociados y la aplicabilidad del principio de seguridad jurídica, pero creo que no puede haber seguridad, ni estabilidad, ni igualdad cuando con una sola decisión se vulnera la conciencia y la integridad de un grupo mucho más amplio de ciudadanos, verdaderamente afectados en su fuero interno, con un precedente que se desprenda del análisis de un caso difícil.

Y es que aquí han tomado camino muchas veces establecer precedentes con base en la doctrina leída por el juez que redacta, lo que en ocasiones



nos muestra que no siempre se están siguiendo las fuentes del derecho interno y ni siquiera las que se incorporan a nuestro sistema a través del bloque de constitucionalidad. Hoy en día, por ejemplo, el precedente adquiere diversas formas y en ocasiones, lo que se quiere presentar a título de ilustración en un fallo cualquiera, resulta ser la regla general aplicable en adelante.

Para Eduardo Sodero, citado por Tupayachi (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 123), los precedentes según su origen pueden provenir de tribunales de extraña jurisdicción (nacional o extranjera), de la misma jurisdicción (jerarquía inferior, igual o superior), de tribunales supranacionales o internacionales, o finalmente, del propio tribunal (“autoprecedente”).

Desde que se instaló la Corte Constitucional colombiana por el presidente César Gaviria Trujillo, el 17 de febrero de 1992, se han identificado en Colombia una tesis escéptica y una tesis optimista frente al tema del precedente.

Esas dos tesis, acogidas tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, corresponden a la siguiente explicación (Bernal Pulido, 2005, pp. 199 y ss.):

En cuanto a la tesis escéptica⁶:

“La tesis escéptica descrea la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el Derecho colombiano. Su principal asidero estriba en

6 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En dicho fallo se expresó: *No es posible exigirle a un juez autónomo e independiente, que falle en igual forma a como lo ha hecho su homólogo. No se puede alegar vulneración del derecho a la igualdad, si dos jueces municipales o del circuito, por ejemplo, fallan en forma diversa casos iguales sometidos a su consideración, pues, en esta situación, prima la autonomía del juez. Lo único que es exigible, en estos casos, es que la providencia esté debidamente motivada y se ajuste a derecho. Por tanto, dos funcionarios situados en el mismo vértice de la estructura jerárquica de la administración de justicia, frente a casos iguales o similares pueden tener concepciones disímiles, hecho que se reflejará en las respectivas decisiones. La sentencia de esta Corporación (T-123 de 1995), hace una consideración adicional a la existencia de pronunciamientos dictados por los órganos jerárquicamente superiores en relación con un tema o una institución determinada, y en ejercicio de la función unificadora de la jurisprudencia. En esos casos, al ser la jurisprudencia un criterio auxiliar en la labor del juez, le es dado a los juzgadores apartarse del razonamiento expuesto por el órgano superior, cuando este justifique y motive expresamente las razones que lo llevan a discrepar de los razonamientos expuestos por su superior. En estos eventos, la carga que se impone al funcionario judicial es aun más fuerte que la impuesta cuando él decide modificar su propio criterio, pues los gobernados fundados en el principio de confianza legítima en los órganos del Estado, esperan que su caso sea resuelto en la misma forma como lo ha hecho el tribunal supremo en situaciones similares.*

También confrontar: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Aquí se reproducen como argumentos los expresados por la Corte en la Sentencia T-321 de 1998



una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del Derecho que vincula al juez para proteger la independencia judicial. Además, esta tesis señala que en el Derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del stare decisis es propio de un modelo de <case law>, incompatible con nuestro sistema de Derecho continental”.

Según Weaver, citado por Linares Quintana (Linares Quintana, 1987, p. 483), la doctrina del *stare decisis*, “es de una gran importancia en la interpretación de la Constitución, que, a través de la aplicación de aquella, es materia de invariable interpretación sujeta al control de la Suprema Corte; proporciona uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional, porque establece que una interpretación, una vez formulada, no debe ser abandonada sin graves y sólidas razones. Sin embargo, la regla del *stare decisis* no posee carácter absoluto y, de amplia aplicación en el derecho privado, solamente tiene limitado alcance en el campo del derecho constitucional. El *Justice* de la Suprema Corte norteamericana Reed ha dicho, en el leading case *Smith v. Allwright*, que «no descuidamos la conveniencia de la continuidad de las decisiones en las cuestiones constitucionales. Sin embargo, cuando se convenció de su error anterior, esta Corte nunca se sintió obligada a seguir el precedente. En las cuestiones constitucionales, cuando la corrección depende de la enmienda y no de la acción legislativa, esta Corte, a través de su historia, ha ejercido libremente su poder de reexaminar las bases de sus decisiones constitucionales. Esto es particularmente exacto cuando la decisión considerada errónea es la aplicación de un principio constitucional más bien que la interpretación de la Constitución para extraer el principio mismo»”.

Sin embargo, Taruffo, en el artículo citado (Taruffo, 2007, p. 92), agrega que en el sistema americano, la fuerza del precedente, dada por el *stare decisis* existe pero en grado menor: “los jueces americanos aplican los precedentes con gran discrecionalidad, por así decirlo, cuando no encuentran razones suficientes para no hacerlo. El *stare decisis* continúa existiendo, de manera tal que los jueces generalmente explican por qué no continúan con el precedente. Parece realmente claro que el precedente tiene eficacia solo cuando el segundo juez lo comparte. En caso contrario, el precedente es invalidado”.

El *stare decisis et non quieta movere*, traducido como “respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos”, o más simplemente como “acatar



las decisiones”, “estarse a lo decidido”, o de la “obligatoriedad horizontal del precedente jurisprudencial” (Cajas Sarria, 2005, pp. 13 a 33), busca vincular al juez a sus decisiones (precedente horizontal) o a los jueces inferiores en general con respecto a los fallos que sobre casos análogos hayan proferido sus jueces superiores en jerarquía (precedente vertical).

El profesor Néstor Pedro Sagüés (Sagüés, 2007, p. 664), realiza un interesante análisis acerca de dos doctrinas existentes dentro del principio del precedente: “La ‘minimalista’, cuando postula que dicho precedente sea establecido en forma concreta y profundamente condicionado por los hechos (material fáctico) del caso, y la ‘maximalista’, que intenta que el precedente establezca reglas generales y abstractas comprensivas de una serie amplia de situaciones. Naturalmente, la posición minimalista permite a un tribunal moderar bastante el rigor del precedente, mientras que la maximalista lo acentúa”.

En el ámbito del derecho anglosajón, la expresión latina *stare decisis*, que traduciría como ‘decisión que se mantiene’, ha sido catalogada como el rasgo más característico de esa familia jurídica del *Common Law*, y se definiría también como “un modo de raciocinio por analogía” (Cea Egaña, 2009, p. 757) y, como tal, para el profesor José Luis Cea Egaña, abarca las siguientes tres etapas: “primero, un juez advierte una similitud entre el problema que ahora se le presenta y aquellos casos anteriormente decididos; segundo, el magistrado determina la regla de derecho empleada para juzgar los casos precedentes; y tercero, aplica esa regla a la disputa que aguarda su determinación”.

El profesor Mario Alberto Cajas (Cajas Sarria, 2007, pp. 57 a 84), dice que el precedente “obliga a seguir reglas o subreglas fijadas en los fallos, que en el caso del precedente vertical pueden tener -en la práctica- efectos generales por vía de la interpretación que hacen los jueces, más allá de los efectos concretos o inter partes de la decisión del juez”.

Entonces, el juez, una vez que valora esas semejanzas y diferencias, puede decidir, según Cajas:

1. *Aplicar (apply) la regla del precedente cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares.*
2. *Seguir (follow) la regla del precedente cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, estas no justifican un trato jurídico distinto, y por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto.*

- 3 *Distinguir (distinguish) esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal, las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto”.*

Todo esto, teniendo en cuenta el esquema de identificación de la *ratio decidendi*, según el cual, “las directivas judiciales tienen: (i) un destinatario, (ii) unos derechos o intereses en conflicto, o en consideración; (iii) un verbo que determina la acción a desplegar; y, finalmente, (iv) un contexto fáctico en el que la expedición de esa directiva tiene sentido” (Rojas: 2015, 83).

Así mismo, el juez podría tener en cuenta que “*hay precedentes que ‘deben’ (must), otros que <deberían> (should) y, finalmente, otros que ‘pueden’ ser considerados*” (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 30). Y, tener en cuenta también la figura del *overruling*, que se entiende como la posibilidad de cambiar el precedente vinculante cuando haya de ser ajustado en determinado tiempo a una situación concreta, aunque algunos doctrinantes como Luis Díaz Canseco y Enrique Pasquel, se atreven a decir que el precedente “*supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede ser variado posteriormente*” (Tupayachi Sotomayor, 2009, p. 55), ante lo cual no estamos de acuerdo, pues no obstante el equilibrio y permanencia que debe caracterizar a las decisiones judiciales, estas no pueden ser inamovibles.

Esa inamovilidad del precedente no puede ser considerada frente a la continua evolución del derecho y, cuando se presente esa situación, lo que podría hacerse es que los tribunales constitucionales o contencioso administrativos, tuvieran en cuenta que la expedición de una sentencia que expone el apartamiento de un antiguo precedente vinculante, debería estar sometida a unos parámetros, como los que Víctor García Toma (García Toma, 2009, p. 64) nos propone:

- *Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión. Ello implica que se consigue claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación.*
- *Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.*

Sin embargo, García Toma también propone, desde una perspectiva fáctica, acreditar que el proceso de cambio del precedente surge también por alguna de las siguientes cuatro circunstancias:



- Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas, políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.
- Cuando se comprueba que el precedente ha quedado desfasado en razón a los avances de la ciencia, la tecnología, las mutaciones político-sociales, o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho.
- Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
- Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

No obstante, dice Guastini (citado por Rojas: 2016, 92), que cuando un intérprete se enfrenta a un texto –incluso a un texto jurisprudencial–, pueden asumirse básicamente cuatro posturas epistémicas: “(i) puede acogerse a una visión **literal estática**, con la cual el intérprete se centra en la estructura lógica del lenguaje empleado, las palabras usadas y la estructura de la frase (su sintáctica y su semántica); (ii) puede acudir a una visión **literal dinámica**, deteniéndose más bien en la manera en que está siendo usado el enunciado en un contexto interpretativo determinado, por ejemplo, observando cómo los usuarios del lenguaje (otros jueces) están haciendo uso de ese texto (pragmática lingüística); (iii) puede acudir a una visión **intencional estática**, según la cual el intérprete empieza a desprenderse del texto mismo y comienza con la averiguación de las intenciones con las que el autor del texto lo expidió, basándose fundamentalmente en los argumentos que pudo haber ofrecido (originalismo); o, finalmente, (iv) puede acudir a una visión **intencional dinámica**, que es fundamentalmente el argumento de *coherencia*, a partir del cual el intérprete busca la mejor interpretación posible del texto; es decir, el texto visto en su mejor luz, intentando entenderlo de la manera más coherente posible, y relacionándolo con otros materiales jurídicos disponibles”.

Volviendo al principio conocido como de *stare decisis vertical*, que rige en los países del *common law*, los profesores argentinos Julio César Rivera (hijo) y Santiago Legarre (Rivera (hijo) y Legarre, 2009, pp. 1109-1128), dicen que los jueces se encuentran obligados a resolver los casos que se



encuentran pendientes de decisión, ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior.

Sin embargo, dichos autores sostienen que para el caso argentino, el principio del *stare decisis vertical* no rige, “puesto que los tribunales inferiores pueden –no de hecho, sino en el sentido jurídico de “pueden”: están autorizados por el sistema-, dadas ciertas condiciones, de apartarse del holding de los precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores”; es decir, que estos tribunales inferiores –a juicio de estos autores, que compartimos-, entienden que, en determinadas circunstancias, pueden válidamente apartarse de lo decidido por el máximo tribunal argentino –caso similar debería ocurrir en Colombia-; y más aun, esos jueces inferiores entienden que en algunos casos deben hacerlo.

Taruffo (Taruffo, 2007, p. 94) habla del precedente horizontal, para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener para los órganos judiciales que pertenecen al mismo nivel de aquel que ha pronunciado la primera decisión: “El precedente horizontal puede tener alguna fuerza persuasiva, que, sin embargo, tiende a ser inferior a la del precedente vertical, ya sea porque no puede tratarse de la corte suprema, que es única, o porque entre órganos del mismo nivel no existe –al menos a priori- alguna diferencia de autoridad. Puede suceder que un órgano que no se encuentra ubicado en el vértice de la organización judicial produzca decisiones particularmente apreciables y, por lo tanto, tenga influencia sobre los otros jueces del mismo nivel. Sin embargo, esto depende de la cualidad intrínseca de las decisiones más que de los mecanismos parangonables al precedente.

Un caso peculiar e interesante de precedente horizontal se encuentra en el autoprecedente, es decir, en los precedentes emanados de la misma corte que decide el caso sucesivo (...) sin embargo... puede suceder, de hecho, que la misma corte se encuentre en la necesidad de cambiar de orientación, desviándose de esta manera de sus propios precedentes en diferentes situaciones, que van desde la obsolescencia del precedente al cambio de condiciones históricas, económicas o sociales que influyen en la decisión del caso sucesivo, e inclusive la eventualidad de que se presenten casos con ciertas particularidades que impidan encuadrarlos dentro del precedente”.



En cuanto a la tesis optimista:

La tesis optimista sobre el precedente, que se ha aceptado desde 1995 en Colombia, se basa en tres argumentos:

“El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del Derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto –la jurisprudencia– la posibilidad de convertirse en fuente de derecho.

El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar (1) la coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el Derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; (2) su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y a la uniformidad de su aplicación–; y (3) el respeto del principio de igualdad –el Derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos, similares, anteriores, presentes y futuros–.

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del Derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes”.

La sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, sostiene que el precedente⁷ es fuente formal de derecho y analiza las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991, que intro-

7 El establecimiento de la doctrina de precedentes en Colombia se había ya estudiado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-083 de 1995, T-123 de 1995 y T-260 de 1995, de los magistrados Cifuentes, Gaviria y Hernández, respectivamente, así como en las Sentencias SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000, entre otras, sobre la fuerza precedencial de sus fallos.



dujo transformaciones sustanciales y orgánicas que llevan ineludiblemente a esta conclusión y que complementan las consideraciones en las que se fundó la Corte para hacerlo:

“Los argumentos se refieren a cuestiones que tradicionalmente han gravitado, con mayor o menor fortuna alrededor del debate sobre la fuerza vinculante de los precedentes en nuestro sistema jurídico. En particular, haremos alusión a los argumentos basados en (i) el derecho comparado, (ii) el sistema de fuentes y el lugar de la jurisprudencia, (iii) la tradición jurídica colombiana, (iv) la integridad de un ordenamiento jurídico donde la Constitución es norma de normas, (v) el equilibrio entre evolución del derecho y consistencia jurídica, y (vi) la teoría jurídica sobre el precedente...”.

A pesar de que Colombia posee una experiencia muy larga, que la matricula en la familia jurídica del Derecho Romano Germánico o Continental Europeo o del *Civil Law*, en fallos anteriores a la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional ya se había expresado sobre el valor del precedente constitucional, entonces este toma un valor casi incontrovertible, que impide a los jueces inferiores pensar de otra forma, so pena de incurrir en sanciones penales y disciplinarias, porque en nuestro caso, las sentencias del Alto Tribunal de Constitucionalidad, *“tienen la naturaleza de normas jurídicas individualizadas, y en los casos en que los criterios contenidos en ellas adquieran el rango de tesis jurisprudenciales, constituirán –desde el punto de vista material- auténticas normas jurídicas generales, impersonales, abstractas y obligatorias”*, (Marroquín Zuleta, 2008, p. 291).

En otro caso que traemos como ejemplo, la Sentencia SU-047 de 1999, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, dijo que el precedente...

“cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado



estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”⁸.

Esto ha llevado, según el profesor Carlos Bernal Pulido (Bernal Pulido, 2005, p. 175), a expresar que en Colombia *se ha producido una verdadera mutación constitucional*, lo cual se explica en las mismas normas contenidas en el Decreto 2067 de 1991⁹, especialmente en los artículos 14 al 19, y en los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991¹⁰, referidos tanto al cumplimiento de los fallos de constitucionalidad como a los de tutela tramitados ante la Corte, decisiones que sobre la parte resolutive de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corporación, mientras que los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes a la sesión¹¹.

Aunque el uso de los “Comunicados de Prensa” es continuo en la jurisdicción constitucional colombiana (vergonzosa práctica, a mi modo

8 Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

9 COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2067 de 1991. En: www.noti.net

10 COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2591 de 1991. En: www.noti.net

11 Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 54 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.



de ver, pues muchas veces pareciera que el fallo se construyera según la opinión posterior de periodistas y columnistas), la norma establece que la parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte¹², notificándose a través de edicto la decisión y remitiendo inmediatamente copia de la sentencia a la presidencia de la República y al congreso de la República.

Las sentencias serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional, para lo cual se apropiará en el presupuesto la partida correspondiente¹³ y dichas decisiones de la Corte corresponderán a una resolución judicial de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Así, las decisiones definitivas de la Corte poseen el efecto *erga omnes* y resuelven si la normatividad examinada se ajusta a la Carta o la desobedece o contradice. El exmagistrado José Gregorio Hernández (Hernández Galindo, 2010, p. 1283), aclara este concepto, al decir que *“en el primer supuesto, que implica una identidad entre la norma inferior y la superior (constitucionalidad), la Corte declara que el precepto es exequible (ejecutable); en la segunda hipótesis, que encierra el dictamen con fuerza jurídica en el sentido de la incompatibilidad entre el mandato subalterno y las reglas y los principios fundamentales (inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional declara que aquél es inexecutable (inejecutable), lo que significa excluir la norma afectada por el fallo del sistema jurídico o, en otros términos, ordenar que deje de regir por atentar contra el imperio de la Constitución”*.

Por otra parte, los artículos 14 al 19 del decreto 2591 de 1991, en Colombia, para el efectivo cumplimiento de los fallos de tutela, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de esta acción¹⁴, han establecido un procedimiento específico y concordante con el espíritu de las normas constitucionales que regulan la materia (arts. 86 y 241), pues, en palabras de la

12 Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 56 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

13 Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 47 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

14 *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi indicio quod sibi debetur*. En las Institutas, se lee que acción no es otra cosa que el derecho de reclamar en juicio lo que se me debe.



Corte, “no tendría sentido que en la Constitución se consagraran derechos fundamentales si, aparejadamente, no se diseñaran mecanismos por medio de los cuales dichos derechos fuesen cabal y efectivamente protegidos”¹⁵, en los términos de los artículos 33 a 36 del citado decreto, que se refieren a la selección de las decisiones por parte de una Sala compuesta por dos magistrados que decidirán qué sentencias serán decididas por salas de revisión de la Corte Constitucional y, las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas, surtiendo efectos en el caso.

Por su parte, al tenor de un Auto, el 010 de 2004¹⁶, los artículos 23, 27 y 52 del mismo decreto 2591 de 1991 se refieren al contenido que deben tener los fallos de tutela, a las garantías de su cumplimiento y a las sanciones derivadas de su eventual inobservancia.

Y es que, si bien en forma paralela al cumplimiento de la decisión cabe iniciar el trámite de desacato, este último procedimiento no puede desconocer ni excusar la obligación primordial del juez constitucional, cual es la de hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección, evitando que la parte vencida desacate lo ordenado por el juez.

Ahí deben precisarse las diferencias entre cumplimiento y desacato, que fueron fijadas por la Corte desde la expedición de la Sentencia T-744 de 2003, en los siguientes términos:

- “i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.*
- ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.*
- iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 57 y 27 del mencionado decreto. Es decir que en cuanto el respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.*

15 Auto del 6 de agosto de 2003, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, ya citado.

16 Auto 010 del 17 de febrero de 2004 de la Corte Constitucional, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

- iv) *El desacato es a petición de parte interesada, el cumplimiento es de oficio, aunque,*
- v) *Puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público*¹⁷.

Según la Corte, independientemente de las sanciones a que haya lugar, la autoridad judicial a quien corresponde velar por la eficacia y efectividad de la orden de tutela, está en la obligación -irrenunciable- de adelantar todas las gestiones pertinentes y de agotar cada uno de los mecanismos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico, para lograr el objetivo de protección inmediata a que hace referencia específica el artículo 86 Superior. El cumplimiento y el desacato son, en realidad, dos instrumentos jurídicos diferentes, que a pesar de tener el mismo origen -la orden judicial de tutela- y tramitarse en forma paralela, en últimas persiguen distintos objetivos: el primero, asegurar la vigencia de los derechos fundamentales afectados, y el segundo, la imposición de una sanción a la autoridad que ha incumplido el fallo.

En consecuencia, tratándose del cumplimiento de la sentencia, “*el juez analizará, en cada caso concreto, si se acató la orden de tutela o no, de manera que si la misma no ha sido obedecida o no lo ha sido en forma integral y completa, aquél mantiene la competencia hasta lograr su cabal y total observancia, aun a pesar de estar agotado el incidente de desacato*”¹⁸.

Así las cosas, en materia constitucional el precedente judicial “*está llamado a permanecer en cuanto especie de norma contentiva de parámetros de comportamiento constitucional. En este sentido, su no acatamiento o variación caprichosa puede ser fuente de arbitrariedad y, por lo tanto, de desconocimiento del ordenamiento jurídico y de las bases mismas del sistema jurídico positivo y, en consecuencia, cauce desmedido e incontenible de inseguridad jurídica, (Santofimio Gamboa, 2010, p. 40)*”.

Esa afirmación se complementa con lo decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, al fallar una acción de tutela por vía de Sentencia de Unificación de Jurisprudencia SU-1300 de 2001¹⁹, cuando se consagró

17 Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

18 Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 010 de 2004, ya citado.

19 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.



el valor normativo de los precedentes *constitucionales como fuente formal de Derecho*, y por tanto, *constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999, C-836 de 2001, etc.)*. Y agrega la Corte:

*“En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación (se sigue aquí la sentencia SU-047 de 1999).*

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.

*En la SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto, pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el “deber mínimo” de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.*

*En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que “en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que*

el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”. El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio decidendi a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto”.

Y es que la misma Corte Constitucional ha controlado el valor y el respeto del precedente constitucional frente a órganos de otras ramas del poder público, como cuando en el ejemplo expresado por Carlos Bernal Pulido (Bernal Pulido, 2005, p. 183), los ponentes de la sentencia C-586 de 1995²⁰, declararon la inconstitucionalidad del artículo 112 de la Ley 104 de 1993, por ser contrario a precedente que ya había decidido en la Sentencia C-011 de 1994²¹.

Otros casos del mismo resorte se presentaron, particularmente con la sentencia C-551 de 2003²², cuando la Corte Constitucional expresó que el Congreso de la República tiene la facultad de reformar la Constitución, pero no el poder de sustituirla. Ahí vemos cómo en determinados casos, nuestra Corte Constitucional colombiana ha ido más que a decidir los asuntos que se debaten en ella, a fijar posiciones nomofilácticas²³ basadas más en el parecer de una corriente ideológica de ciertos magistrados que en la verdadera y justa aplicación del derecho.

Y, en el año 2006, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-292, expresó sin embargo algunas inquietudes acerca de la validez de un precedente, así:

“26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior,

20 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.

21 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

22 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

23 La nomofiláctica o nomofilaxis, se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso.



como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no:

- i. En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.
- ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.
- iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido, será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”.

Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla -prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.

El precedente contencioso administrativo:

Con la aparición de la Ley 1395 de 2010, el precedente para actuaciones administrativas quedó incluido en ella el artículo 114, disposición en la que se establece lo siguiente:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de

actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”.

Así entonces se intenta desarrollar la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales a través de la ley, aunque para algunos (Tamayo Jaramillo, 2010), esas normas contrarían el artículo 230 Superior que establece expresamente el que la jurisprudencia es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial y por tanto, *“esa obligatoriedad atenta contra la democracia cuando desconoce los textos normativos, para en su lugar aplicar la escala de valores de los magistrados. Pasamos del positivismo discrecional (imperio de la ley), a la aplicación mecánica de la jurisprudencia (...) y entonces dijo la Corte, acudiendo sorprendentemente a la analogía penal, que los jueces que no aplicaran sus precedentes prevaricaban, pues la jurisprudencia y la ley eran lo mismo”.*

Otro temor se funda en la redacción del citado artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, donde se percibe el error de acudir a la idea de línea o reiteración de jurisprudencia, *“que puede desencadenar efectos perversos, ya que, como la doctrina lo sostiene, si siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de “errática” o “no consolidada”, con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica”* (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 59-60).

La función del juez de lo contencioso administrativo, hasta 1991, era desempeñada mediante la interpretación de los principios constitucionales incluidos en la Carta de 1886 y la aplicación de la jurisprudencia que paulatinamente producía el Consejo de Estado y, hoy en día, su labor se encuentra enmarcada no solo en el texto superior, sino en leyes estatutarias y códigos que validan la supremacía de sus decisiones como órgano de cierre en la materia que la rige²⁴.

24 Un estudio sobre este particular puede ser orientativo: ATEHORTÚA RIZO, Alexander. *Análisis del uso del precedente en fallos del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca*, en: *Precedente – Anuario Jurídico 2007*, Universidad ICESI, Cali, 2007, pp. 101-117.



Para el año 2012, debemos anotar una novedad que ya vamos a ver en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2011), adoptado por medio de la Ley 1437 de 2011, el cual introduce el denominado “*recurso extraordinario de unificación*” en su artículo 10, con el propósito de darle aplicación estándar o uniforme a las normas y a la jurisprudencia por parte de las autoridades, las cuales aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos y que serán orientativos para que se pueda actuar bajo los contextos de seguridad jurídica, buena fe, igualdad y legalidad, como se desprende de una cita de Luciano Parejo Alfonso (Santofimio Gamboa, 2010, p. 28).

Según Diego López Medina, “el nuevo Código Administrativo diseñó e introdujo nuevos y más fuertes mecanismos procesales propios para obligar a las entidades administrativas a obedecer *ex ante* la doctrina judicial clara. En primer lugar, le dio a los administrados un derecho de petición especializado en que le pueden solicitar directamente a las entidades administrativas la extensión de la doctrina judicial clara a su caso; forzándolas, cuando menos, a pronunciarse sobre el punto. Y adicionalmente, estableció una acción ante el juez contencioso-administrativo, donde este puede ordenar tal extensión de la jurisprudencia al caso concreto, si la entidad la ha negado previamente. El Código, pues, busca evitar litigios; o, si no se pueden evitar, los convierte en investigaciones judiciales sumarísimas, donde no se discute el fondo del asunto sino que se determina más bien si ese tipo de asuntos ya está bien cubierto por doctrinas judiciales claras y estables. Si es así, el juez ordena que la entidad administrativa aplique *ex ante* tal doctrina judicial” (LÓPEZ: 2016, 28).

El recurso extraordinario de unificación será entonces el principio conforme a Derecho, sobre el cual se base en la legalidad del Código la invocación del precedente administrativo y, encuentra también fundamento en decisiones de la propia Corte Constitucional, cuando esta, en múltiples decisiones, como en la sentencia T-014 de 2009, observa que “*al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la*



afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela”.

Sin embargo, como lo advierte un Consejero de Estado (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 34-37), *“las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, devienen de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencial derivados del concepto de doctrina probable latente en el marco material de la Constitución Política de 1991, institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fundada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad, buena fe, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados, reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que «por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales» puede <<modificar un precedente constitucional>>”.*

Un paso importante, ha sido ampliar el horizonte del precedente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, uno de los críticos a esta medida (Tamayo Jaramillo, 2010), dice que esta *“mete al Consejo de Estado en una camisa de fuerza, dado el dinamismo conceptual de temas como la reparación directa y las acciones populares y de grupo. Han pasado varias décadas y el mismo Consejo no ha podido tener jurisprudencia pacífica en muchos de esos asuntos, dada la dificultad de esas instituciones y de la sana confrontación de doctrinas encontradas”.*

Por eso, con ocasión de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado vuelve a tener la figuración que tuvo por muchos años, hasta antes de que las sentencias de la Corte Constitucional se volvieran casi la única fuente válida de precedente para las autoridades, al de extender a nivel de precedente los efectos de las providencias adoptadas en el seno del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, lo que, a mi juicio, es un acierto, porque traza una ruta de acción a los jueces y a la administración, y garantiza, en esta rama del derecho, la seguridad jurídica y la firmeza de sus decisiones, dándole consistencia



y mucha posibilidad de coherencia a las nuevas decisiones que seguirán un derrotero fijado con anticipación, y que conjugaría la aplicación de la ley con el uso certero de la jurisprudencia y de la teoría del precedente administrativo, “*construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional, en donde se considera que la figura no es de exclusiva prédica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cobija, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como el caso indiscutible de las autoridades administrativas*” (Santofimio Gamboa, 2010, pp. 48-49).

La tendencia actual es entonces la de conceder a los jueces de lo contencioso administrativo un papel protagónico en la creación e interpretación del derecho, siempre respetando los principios constitucionales de igualdad y buena fe, ofreciendo plena seguridad jurídica a los asociados mediante la fuerza vinculante de las decisiones administrativas que “*fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad*” (Santofimio Gamboa, 2010, p. 51); así, el nuevo artículo, que apenas aparece en el ordenamiento el 24 de enero de 2011 y que tendrá vigencia solo a partir del 2 de julio de 2012, dice lo siguiente (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2011):

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto, el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. *Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.*

2. *Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.*

3. *Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.*

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. *Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.*

2. *Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.*

3. *Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener*



o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

Y es que, de acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-537 de 2010, ha dicho que: “... no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar esta en situaciones específicas, en este caso se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora”.

Por su parte, de la lectura y análisis de esta novísima disposición, el único inconveniente será, para algunos –no lo creo yo así–, la limitación que podrían tener tanto la administración como los jueces para interpretar las disposiciones de nuestro ordenamiento, aplicar la ley y resolver los asuntos administrativos y jurisdiccionales que se someten a su consideración, o para llegar a confundir el precedente con la costumbre reiterada y las prácticas judiciales o administrativas históricas. El único inconveniente estará dado en la valoración que haga el funcionario de la administración o el juez



que van a aplicar la jurisprudencia, cuando consideren que el precedente es ilegal o abiertamente contrario a derecho y se vean expuestos a actuar en contra de su conciencia, so pena de que al no acatar la jurisprudencia se vean expuestos a sanciones penales y disciplinarias.

Ese temor se origina en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los cuales esta ha advertido que los jueces que debido a la imperatividad de un antecedente jurisprudencial se aparten de sus decisiones, podrían incurrir en prevaricato, aunque esa misma Corporación también ha aclarado, en otras decisiones, que el solo hecho de desafiar sus fallos no es delito, *“a menos que se trate de sentencias de control de constitucionalidad o que el desconocimiento de la jurisprudencia implique la infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general”*²⁵.

También cabe mencionar, que en el caso colombiano, aun está por analizarse un fenómeno que se ha producido en algunos otros ordenamientos, y es que existe la tendencia de citar las decisiones de cortes internacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para fundamentar decisiones que solo son del resorte interno, aspecto que hace parte de la creciente globalización de la cultura jurídica.

Sin embargo, no hay que desechar, para un estudio de investigación futuro, que así como se habla de bloque de constitucionalidad, también se debería hablar de un bloque de jurisdicción, en el sentido de que poco a poco, los jueces deberían aplicar los precedentes originados en decisiones de tribunales con jurisdicción comunitaria (como para Colombia, el Tribunal Andino de Justicia), supranacional, o internacional, para acatar responsablemente los compromisos internacionales y hacer vivas esas decisiones en cada ordenamiento de los países parte.

Y es que 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*

25 Ámbito Jurídico # 314, enero 31 a febrero 14 de 2011, p. 16.



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” (Rodríguez Santander, 2007, p. 57).

Retornando al tema preciso del artículo 230 Superior, compartimos el parecer de muchos, que como Bernal Pulido, dicen que “es innegable que el significado común de la expresión «criterio auxiliar» es incompatible con la atribución de fuerza vinculante de la jurisprudencia”, pues es cierto que en los ya casi veinte años transcurridos desde la expedición de la Carta de 1991, la jurisprudencia ha ganado puntos y es hoy día un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y aplicación del derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

- Ámbito Jurídico # 309, noviembre 1 a noviembre 14 de 2010, p. 12.
- Ámbito Jurídico # 314, enero 31 a febrero 14 de 2011, p. 16.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. *La Primacía de la Persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Legal Publishing – Abeledo Perrot. Universidad de los Andes de Chile, Santiago, 2009.
- Asbún Rojas, J. A. (2010). Base constitucional del efecto vinculante de las resoluciones constitucionales. En V. Bazán, & V. Bazán (Ed.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo* (1 ed., Vol. II, pág. 1383). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Barker, R. (2010). Jurisdicción constitucional y Judicial Review: La experiencia de los Estados Unidos. En V. Bazán, & V. Bazán (Ed.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo* (1 ed., Vol. I, págs. 697-698). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos* (3 ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Black, A. &. (2009). *Dictionary of Law* (5 ed., Vol. 1). London, England: A & C Black.
- Cajas Sarria, M. A. (2005). Jurisprudencia constitucional sobre el control de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910 - 1952). (U. I. Cali, Ed.) *Precedente* , 1, 13 a 33.
- Cajas Sarria, M. A. (2007). Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? (U. I. Cali, Ed.) *Precedente* , 57 a 84.



- Cea Egaña, J. L. (2009). Reforma a medio camino. El Precedente en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1 ed., Vol. 1). Lima, Perú: Adrus.
- Congreso de la República. (2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (1 ed., Vol. 1). (H. A. OLANO GARCÍA, Ed.) Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Coripuna, J. A. (2007). *La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial* (1 ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- Ferrer Mac Gregor, E. y. (2009). Cosa Juzgada y Precedente en la Acción de Inconstitucionalidad Mexicana. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú* (1 ed., Vol. 1, pág. 781). Lima, Perú: Adrus.
- García Toma, V. (2009). Las Sentencias Constitucionales: El Precedente Vinculante. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1 ed., Vol. 1, pág. 61). Lima, Perú: Adrus.
- Grández Castro, P. (2007). *Las <<peculiaridades>> del precedente constitucional en el Perú* (1 ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- Hernández Galindo, J. G. (2010). El papel de la Corte Constitucional en Colombia: Defensa del derecho ciudadano a la Constitución. En V. Bazán, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo* (1 ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- JURISABANA VIRTUAL, año 2 # 43, semana del 13 al 17 de abril de 2009.
- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- López Medina, Diego. Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho, **en: Precedente, Universidad ICESI, vol. 7, 2015.**
- Marroquín Zuleta, J. M. (2008). *Técnica para la elaboración de una sentencia de Amparo Directo* (1 ed., Vol. 1). México, D.F., México: Porrúa.
- Meier García, E. (2007). *Luces y sombras del precedente constitucional en Venezuela* (1 ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales* (1 ed., Vol. 1). Buenos aires, Argentina: Marcial Pons.



- Olano García, H. A. (2006). *Constitución política de Colombia Comentada y Concordada* (7 ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ossorio, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (33 ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Real Academia Española (1992). *Diccionario de la Lengua española* (21 ed., Vol. II). Madrid, España: Espasa Calpe.
- Rivera (hijo), J. C. (2009). La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores. En J. y. Arancibia Mattar, *La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (1 ed., Vol. 1). Santiago de Chile, Chile: Legal Publishing - Abeledo Perrot.
- Rivera Santiváñez, J. A. (2007). *La Jurisprudencia Constitucional y su Fuerza Vinculante* (1 ed., Vol. 1). (E. Carpio Marcos, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- Rivera Santiváñez, J. A. (2009). El Precedente Constitucional y su impacto en el ordenamiento jurídico y la actividad de los órganos estatales. En J. Tupayachi Sotomayor, & J. Tupayachi Sotomayor (Ed.), *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú* (1 ed., Vol. 1, pág. 711). Lima, Perú: Adrus.
- Rodríguez Santander, R. (2007). *Estudios al precedente constitucional* (1 ed., Vol. 1). (E. Carpio Marcos, & P. Grández Castro, Edits.) Lima, Perú: Palestra.
- Rojas, Abdón Mauricio. Teorización sobre el uso de precedentes jurisprudenciales en Colombia, en: **Precedente, Universidad ICESI, vol. 7, 2015.**
- Sagüés, N. P. (2007). *El valor del precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina* (1 ed., Vol. 1). (E. y. CARPIO MARCOS, Ed.) Lima, Perú: Palestra.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano* (1 ed., Vol. 1). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sodero, Eduardo. *Sobre el camino de los precedentes*, en: *Isonomía*, # 21, Buenos Aires, octubre de 2004, p. 123.
- Tamayo Jaramillo, J. (1 de noviembre de 2010). El precedente jurisprudencial obligatorio y el fin de la democracia en Colombia. *Ámbito Jurídico*, pág. 12.
- Taruffó, M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. (U. I. Cali, Ed.) *Precedente*, 85-99.
- Tupayachi Sotomayor, J. (2009). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis, comentario y doctrina comparada)*. Lima: ADRUS.



NORMAS:

COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2067 de 1991. En: www.noti.net

COLOMBIA. COMISIÓN ESPECIAL LEGISLATIVA. Decreto-Ley 2591 de 1991. En: www.noti.net

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 de 2010. En: www.presidencia.gov.co

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011. En: www.presidencia.gov.co

SENTENCIAS:

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1300 de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 010 del 17 de febrero de 2004 de la Corte Constitucional, M.P., Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-011 de 1994. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, revisión del artículo 47 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-586 de 1995, MM.PP. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999, M.P., Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2000, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-321 de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-337 de 1995.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-458 de 2003, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-744 de 2003. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS Y CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dr. Eduardo Jorge Prats,
profesor universitario y abogado en ejercicio,
República Dominicana



Dr. Eduardo Jorge Prats

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Magna cum laude, Santiago, 1987. Maestría en Relaciones Internacionales con concentración en Derechos Humanos, New School for Social Research (en la actualidad, New School University), New York, 1991. Doctorando en Derecho, Universidad Externado de Colombia / PUCMM (2017-actual). Consultor Jurídico del Banco Central (2000-2003). Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho de la Regulación Económica y Derecho Financiero de la PUCMM, a nivel de pregrado y posgrado. Entre sus publicaciones más notables se encuentran: el manual “*Derecho Constitucional: volúmenes I y II*” y “*Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*”. Es Director General de la firma *Jorge Prats, Abogados & Consultores*. Es Presidente del Centro de Estudios de Derecho Público y de la Regulación Económico-Financiera (CEDEPREF) y del Instituto Dominicano de Derecho Constitucional.

El tema que nos han asignado a nosotros es el de las sentencias interpretativas y la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional.

Un primer dato importante: el Tribunal Constitucional dominicano es un tribunal “de última generación”, 4G, porque no responde –en su funcionamiento– a la perspectiva tradicional proyectada por el modelo kelseniano, es decir, de un mero legislador negativo. Prueba de ello es que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 47, es muy clara al señalar que el órgano puede dictar, no solamente las sentencias de declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto o acto, sino también un conjunto novedoso de decisiones, la tipología conocida como *sentencias interpretativas*. Ya veremos que incluso habla la ley de “cualquier otra modalidad de sentencia interpretativa que admita el derecho comparado”. De manera que la ley parte de la premisa de que el Tribunal Constitucional no es *solamente* un legislador negativo. Según se explica a continuación, algunos ejemplos de la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional corroboran lo dicho.

Cabe decir que el Tribunal Constitucional se ha tomado en serio esa tarea desde sus inicios. No ha sido tímido ni conservador a la hora de utilizar ese amplio arsenal que le ofrece su Ley Orgánica, y prácticamente ha agotado gran parte de las posibilidades que le da el texto, e incluso comienza a incursionar en otras modalidades del derecho comparado.

Ese creo que es un dato que tipifica al ordenamiento jurídico constitucional dominicano y que hace que el Tribunal sea, en gran medida, precursor. Lógicamente, el Tribunal Constitucional dominicano es uno que no se avergüenza de la influencia extranjera, no es un tribunal cerrado en sí mismo. En efecto, el ingreso de la República Dominicana al concierto de naciones con jurisdicción constitucional concentrada ha coincidido con la asunción, por parte del Tribunal, de una actitud mucho más receptiva de las diferentes influencias en el ámbito comparado. Y ya veremos que incluso en la explicación por los jueces –tanto los de la mayoría como los votos concurrentes y disidentes– se hace acopio de la jurisprudencia constitucional comparada. Eso hace que ya no estemos encerrados en



nuestro pequeño mundo, sino que el Tribunal Constitucional esté abierto a tales influencias.

Con ese largo *introito*, pasemos entonces a puntualizar algunas cuestiones sobre la labor del Tribunal Constitucional.

Para comprender la tipología de las sentencias interpretativas que puede dictar nuestro Tribunal, es preciso que nos refiramos al ordenamiento constitucional italiano, porque Italia ha sido el país donde el juez constitucional tradicionalmente ha poseído el más variado y sutil abanico de opciones decisorias, y porque el mismo abanico que le asiste es fruto de la propia labor creadora del Tribunal italiano, que tras su establecimiento dedicó notables esfuerzos a ampliar la tipología elemental de sentencias constitucionales.

Entre nosotros el magistrado Hermógenes Acosta apunta, en el sentido anterior, que *“lo normal es que la acción en inconstitucionalidad se estime o se desestime, es decir, que se declare conforme con la Constitución o inconstitucional la norma o el acto objeto de la acción. Sin embargo, la Corte Constitucional italiana, influenciada en sus inicios por la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha desarrollado las denominadas sentencias interpretativas, mediante las cuales considera constitucional la norma, luego de agregarle o suprimirle la parte que le hace falta para ser conforme con la Constitución o la parte que contradice la Carta Magna”*¹.

Hace referencia, así, a las sentencias interpretativas *aditivas* y a las sentencias interpretativas *sustitutivas*. Hay que señalar que no son las únicas modalidades, pero previo a ello conviene explicar —con Acosta— que *“la jurisdicción constitucional dicta este tipo de sentencias cuando considera que el vicio de constitucionalidad que afecta a la norma es subsanable, vía la interpretación, evitando de esta forma los trastornos institucionales generados por el vacío legislativo que supone anular, o declarar inconstitucional, una norma jurídica. En ese sentido, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que el Tribunal, en todos los casos que conoce, podrá dictar sentencias interpretativas de desestimación o rechazo que descartan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto*

1 Hermógenes Acosta de los Santos. “La acción de amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano” (conferencia presentada en la Fundación Global Democracia y Desarrollo el 23 de noviembre de 2012).



impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido o sentidos que considera inadecuados”².

En mi humilde conocimiento, esta disposición de nuestra Ley Orgánica es una que no creo que la encontremos en otro ordenamiento. Esta disposición, que introduce las sentencias interpretativas, es un texto legal original que se inspira en la descripción de las sentencias interpretativas tal como las desarrolló la pionera jurisprudencia de la Corte Constitucional de Italia. Es decir, su construcción se afincó en la propia doctrina constitucional italiana.

El propio artículo 47 señala que, del mismo modo, el Tribunal Constitucional dictará, cuando lo estime pertinente, sentencias que declaren expresamente la inconstitucionalidad parcial de un precepto, sin que dicha inconstitucionalidad afecte íntegramente a su texto. Las sentencias interpretativas pueden ser aditivas cuando se busca controlar las omisiones legislativas y constitucionales, entendidas --en sentido amplio-- como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto; o cuando se limitan a realizar una interpretación extensiva o analógica del precepto impugnado. Y aquí viene la disposición más importante de la ley respecto a las sentencias interpretativas: porque ella comporta una cláusula de *numerus apertus* en lo que se refiere a la tipología de sentencias interpretativas. Dice: “el tribunal adoptará, cuando lo considere necesario, sentencias exhortativas o de cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada”. De manera que es una base legal para la labor creadora de la propia jurisprudencia. El Tribunal Constitucional lo pudo haber hecho por sí mismo, pero digamos que el legislador ha “confirmado” esa facultad pretoriana que, si no la tienen los tribunales, se la roban por sí mismos. Porque ya sabemos —por solo mencionar uno de los tantos ejemplos— que el propio control jurisdiccional de constitucionalidad, como institución jurídico-procesal, es una creación pretoriana directamente atribuible al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Precisado lo anterior, conviene enfatizar varios elementos del texto legal en cuestión. En primer lugar: la enumeración de los tipos de sentencias provistas por el legislador es simplemente indicativa, es decir, no es en modo alguno limitativa, porque se señala que podrá dictar “cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada”. En



segundo lugar: las sentencias interpretativas pueden ser dictadas por el Tribunal Constitucional, no solo en ocasión de las acciones directas en inconstitucionalidad, sino que el propio legislador señala que también lo puede hacer en todos los casos en que conozca de un recurso de revisión de sentencia firme, o de un recurso de revisión de sentencia de amparo, o con motivo de un conflicto de competencias, o bien en el marco del control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales. Y tercero: para la ley, las sentencias interpretativas no solo son las interpretativas *stricto sensu*, sino que incluye otras, como las *exhortativas*, que en rigor no son propiamente interpretativas. Por eso, a partir del contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podemos afirmar que los tipos de sentencias constitucionales que puede dictar dicho órgano son, en realidad, dos: las interpretativas *stricto sensu* y las interpretativas *lato sensu*.

Analícemos entonces las sentencias interpretativas *stricto sensu*, y para ello propongo detenernos en algunos casos, muchos de ellos bien conocidos. Tenemos, en primer lugar, las sentencias interpretativas *stricto sensu*, que son aquellas que actúan directamente sobre el contenido de la disposición normativa, restringiendo su alcance y permitiendo al juez constitucional purgar la ley o el reglamento cuestionado y reduciendo su capacidad normativa. Un ejemplo de este tipo de decisión es la sentencia TC/0010/12, del año 2012, con relación al artículo 37 de la Ley 36 de porte y tenencia de armas; en ella, el Tribunal desestimó la pretensión de inconstitucionalidad y dijo: “*Como se advierte, el legislador no establece requisitos para que Interior y Policía revoque las referidas licencias, lo cual deja abierta la posibilidad de que dicha facultad sea ejercida de manera arbitraria. En este orden, el Tribunal considera que para que el mencionado texto legal sea conforme a la Constitución, el mismo debe interpretarse en el sentido de que el Ministerio de Interior y Policía debe dar motivos razonables y por escrito cuando revoca una licencia de porte y tenencia de armas*”³.

Otro ejemplo de sentencia interpretativa *strictu sensu* es la TC/0043/13, del año 2013, en la que el Tribunal Constitucional, conociendo sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos del Código Procesal Penal, que entre otras cosas consagra la separación de las funciones jurisdiccionales a cargo de jueces y tribunales de las de investigación y persecución a cargo

3 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0010/12 del 2 de mayo de 2012, pp. 12-13, párr. d).



del Ministerio Público y que establecen el procedimiento a seguir para el ejercicio de la acción penal, dispuso lo siguiente: “*Es oportuno señalar respecto del artículo 269 del Código Procesal Penal, que aunque parece inferirse de su texto que las decisiones del Ministerio Público que sean contrarias a la admisibilidad no pueden ser objetadas, este Tribunal Constitucional entiende, en consonancia con la jurisprudencia dominicana, que a fin de garantizar el debido proceso y en cumplimiento del principio de igualdad previsto en la Constitución, es necesario interpretar dicho artículo en el sentido de que toda decisión del Ministerio Público, dictada al efecto de una querrela, puede ser objetada ante un juez*”⁴.

Por otra parte y por lo que respecta a las sentencias interpretativas *lato sensu*, es preciso aclarar que entre ellas se encuentran, a su vez, distintas categorías. Así, existen las denominadas sentencias *normativas*, *creativas*, *integradoras* o *paralegislativas* (nombre que a mí no me gusta mucho, porque en la República Dominicana se malentienden como *manipulativas*), que buscan enriquecer el contenido normativo de la norma cuestionada mediante la extensión de su alcance, que las salva, al ponerlas, así, de conformidad con la Constitución. Los fundamentos constitucionales y el alcance de este tipo de sentencia ya han sido expuestos por la Corte Constitucional colombiana. Básicamente, el argumento de esta es que mediante este tipo de sentencias se garantiza el principio de efectividad, en la medida en que permiten al tribunal hacer de la Constitución una realidad viviente.

Un buen ejemplo de este tipo de decisiones lo es la sentencia TC/0339/14, del 2014, en la que se señaló lo siguiente: “*con relación a los artículos 1214 y 41 de la Ley 2334-1885, los cuales en su ámbito regulatorio rigen lo atinente a las tasas proporcionales, este Tribunal Constitucional estima necesario adecuar y modular su contenido para que estén acordes con la normativa constitucional*”⁵. Lo llamativo es que el propio Tribunal señala que su determinación se cifra en “*una sentencia del tipo manipulativo condicional, la cual le permite proceder a la transformación del significado de la parte afectada de inconstitucionalidad con el objeto de evitar su expulsión del*

4 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0043/13 del 3 de abril de 2013, p. 11, párr. 9.4.

5 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0339/14 del 22 de diciembre de 2014, pp. 24-25, párr. 16.13.



ordenamiento jurídico”⁶. Esta es una sentencia interesante, porque el propio Tribunal es consciente de las posibilidades que le da la ley con respecto a la emisión de este tipo de sentencias.

Otro ejemplo más reciente es la sentencia TC/0170/16, en la que se impugnó por presunta inconstitucionalidad el artículo 15 de la Ley que creó el Instituto Postal Dominicano (INPOSDOM), bajo el alegato de que la norma violentaba el principio de igualdad al establecer un privilegio en favor de dicha institución al establecer la inembargabilidad de sus bienes, por ser una entidad que realiza actividades comerciales privadas. El Tribunal Constitucional se pronunció diciendo: “*De acuerdo con los motivos expuestos, procede, de una parte, que este Tribunal, basándose en la facultad que le confiere el referido artículo 47 de la Ley 113-11, dicte una sentencia manipulativa de tipo condicional. Esta última tendría como propósito garantizar la permanencia del referido artículo 15 en nuestro ordenamiento legal, considerando a los créditos laborales como una excepción al presupuesto de inembargabilidad consagrado por dicha norma, al tenor de lo dispuesto por el precitado artículo 731 del Código de Trabajo Dominicano. En consecuencia, el indicado artículo 15 deberá leerse como constará en el dispositivo de la presente sentencia a partir de su publicación*”⁷.

Esto tuvo como consecuencia la adición, en el texto normativo, de la excepción expresa de embargar los bienes del INPOSDOM ante “créditos salariales o de naturaleza laboral”. Así pues, el texto final de la disposición impugnada, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, quedó como sigue: “*Artículo 15. Las propiedades del Inposdom son inembargables, salvo cuando medien créditos salariales o de naturaleza laboral debidamente reconocidos por sentencias que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada*”. Vale decir que aquí hubo dos votos disidentes, a cargo de los magistrados Hermógenes Acosta y Katia Miguelina Jiménez, quienes sostuvieron la postura de que la sentencia interpretativa manipulativa adoptada resultaba innecesaria.

En el caso del magistrado Acosta, planteó que no estaba de acuerdo con dicho criterio porque el artículo 15 de la referida ley se encuentra modi-

6 *Ibid.*

7 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0170/16 del 12 de mayo de 2016, pp. 24-25, párr. 10.11.

ficado en lo que respecta a los trabajadores, por lo que resulta innecesaria la sentencia interpretativa. A su juicio, esta sentencia no es necesaria, en razón de que la misma ha sido dictada para excluir, del ámbito de aplicación del indicado artículo 15, los salarios de los trabajadores, es decir, para que la inhabilidad que se consagra en el mismo no se aplique cuando se trate de ejecutar una sentencia laboral que reconozca una suma de dinero a un trabajador. Así, a su juicio, la sentencia devino inútil desde el 29 de mayo de 1992, fecha en que fue promulgado del Código de Trabajo, ya que en su artículo 731 se derogan todas las inembargabilidades cuando se trate de créditos laborales⁸. Por su parte, la magistrada Jiménez señaló que en la decisión respecto de cuyo criterio resolutorio se aparta, y que incluyó el análisis de la legislación nacional y comparada, es posible entrever que este Tribunal, al fallar como lo hizo, dictó una sentencia ordenando lo que ya era de imperativo cumplimiento bajo el ordenamiento preindicado⁹.

Eso en cuanto a las sentencias *normativas*. En cuanto a las sentencias *aditivas*, hay un ejemplo temprano en la sentencia TC/0012/12, del año 2012, donde el Tribunal estableció que no solo los sobrevivientes de un matrimonio con un o una militar gozarían de pensión, sino también aquellos sobrevivientes de una unión marital de hecho. Según el Tribunal Constitucional, resultó evidente que la norma impugnada “*transgrede la Constitución, particularmente los principios relativos a la igualdad, la dignidad humana y la familia*”¹⁰, al restringir el derecho de acceso a la pensión a las parejas unidas por formal matrimonio y excluyendo a los vinculados por una unión marital de hecho. “*No obstante*”, señaló el Tribunal, “*dicho texto sería conforme a la Constitución, a condición de que se interprete en la forma en que más adelante indicará este Tribunal, ejerciendo así la Facultad de garantizar la permanencia de una determinada norma en nuestro ordenamiento*”¹¹. Así, lo que el Tribunal hizo en el dispositivo fue señalar que el artículo 252 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada (impugna-

8 Voto disidente del magistrado Hermógenes Acosta de los Santos con respecto a la sentencia TC/0170/16, dictada por el Tribunal Constitucional de la República el 12 de mayo de 2016 (pp. 26-31).

9 Voto disidente de la magistrada Katia Miguélina Jiménez Martínez con respecto a la sentencia TC/0170/16, dictada por el Tribunal Constitucional de la República el 12 de mayo de 2016 (pp. 31-35).

10 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0012/12 del 9 de mayo de 2012, pp. 13-14, párr. t).

11 *Ibid.*



da), para resultar constitucional, debe leerse en el sentido de reconocer el derecho a pensión a “*el o la sobreviviente de un matrimonio o de una unión marital*”, añadiéndole entonces a ambos tanto el *varón* como la *hembra*, y tanto el *matrimonio* como la *unión de hecho*.

Otro ejemplo de esta tipología es la sentencia TC/0161/13, del año 2013, donde se dispuso que la resolución atacada resultaba inconstitucional por cuanto omitió referirse exclusivamente a los usuarios que opten por el servicio de portabilidad numérica; de ahí, dice el Tribunal, la necesidad de dictar una sentencia *integradora* o *aditiva*, que es aquella que declara la ilegitimidad constitucional de la provisión omitida que, en tanto tal, debería haber sido prevista por la resolución impugnada. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no anuló la disposición, pero extendió su contenido para hacerla constitucional, recurriendo para ello —además de forma expresa— al artículo 47 y, en función de tal atribución, modificar el texto de la norma a fin de establecer que “*la cuota regulatoria (era) pagar por cada usuario que opte por el servicio de portabilidad numérica*”¹².

En otro tenor, un ejemplo de sentencia *sustractiva* es la TC/0093/12, del año 2012, en la que el Tribunal Constitucional eliminó de un decreto el texto que establecía que para ser beneficiario de ventas sociales del Estado no se podía sobrepasar la edad de 70 años. Así se expresó el Tribunal: “*al establecer el decreto en cuestión que el límite de pago de las cuotas de las viviendas de interés social deberían ser pagado antes del beneficiario cumplir los 70 años, está excluyendo por razones de edad a potenciales propietarios de viviendas que no pudieran pagar la totalidad de las cuotas antes de llegar a esa edad, limitación esta que no está contemplada en la ley que rige la materia, y que además no fue consignada en el contrato, por lo que la misma deviene en inconstitucional, al resultar discriminatoria para la población en dicho rango de edad*”¹³.

Más adelante, el Tribunal —y esto es muy interesante— da una definición de sentencia *sustractiva*, indicando al respecto que “*al resultar inconstitucional esa limitación establecida en la parte in fine del literal a del artículo 1 del decreto, procede declarar su nulidad mediante la modalidad de*

12 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0161/13 del 12 de septiembre de 2013, pp. 16-17, párr. 10.10-10.12.

13 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0093/12 del 21 de diciembre de 2012, p. 12, párr. 9.3.4.

*una sentencia reductora, la cual es conceptualizada en el derecho constitucional comparado de la siguiente manera: las sentencias reductoras son aquellas que señalan que una parte, frase, palabra o línea del texto cuestionado es contrario a la Constitución y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la extensión del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial*¹⁴.

Fíjense que el Tribunal Constitucional es un tribunal que incorpora el razonamiento de la doctrina acerca de la definición de las sentencias; no es muy común encontrarlo en el derecho constitucional comparado, descripción que le da pie al propio artículo 47.

Otro ejemplo de sentencia *reductora* es la TC/0266/13, del 2013, donde el Tribunal señala lo siguiente: “*se hace preciso aclarar que el texto del párrafo dos del artículo 156 de la ley 189-11 regula diversos aspectos procesales de la demanda incidental del embargo inmobiliario, toda vez que expresa que la causa se instruirá mediante debates verbales, y el juez deberá fallar en la misma audiencia, sin necesidad de motivar su decisión, la cual no será objeto de ningún recurso y será ejecutoria en el acto*”¹⁵. No obstante, el aspecto declarado inconstitucional es exclusivamente la no motivación de la decisión respecto a la demanda incidental, y al resultar anulable solamente ese aspecto procesal del texto y no el texto íntegro del párrafo dos del artículo 156, procede a declarar su nulidad mediante la modalidad de una sentencia *reductora* que, conforme al precedente de este Tribunal —y aquí refiere a la sentencia TC/0093/12, del año 2012—, se refiere a aquellas que señalan que *solo* una parte, frase, palabra o línea del texto cuestionado es contrario a la Constitución y, por ende, es solo esa “fracción” de la disposición lo que ha generado el vicio de inconstitucionalidad, precisamente por su redacción excesiva y desmesurada.

Otro ejemplo es la sentencia TC/0001/15, del año 2015, en donde el Tribunal señaló: “*al resultar inconstitucional solo una parte y no el texto íntegro del precitado artículo, procede adoptar —como ha realizado este Tribunal en situaciones análogas— una sentencia reductora, esto es, una decisión*

14 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0093/12 del 21 de diciembre de 2012, p. 13, párr. 9.3.5.

15 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0266/13 del 19 de diciembre de 2013, pp. 13-14, párr. 9.2.9.



*que ordena una restricción o acortamiento de la extensión del contenido de la ley impugnada, declarando así la nulidad de la previsión excesiva para que la disposición legal sea conforme a la Constitución*¹⁶.

Están –y con esto termino– las sentencias *sustitutivas*, que son aquellas que estiman la acción y alteran el contenido normativo de la disposición impugnada, sustituyendo la norma contraria a la Constitución por otra acorde a la misma. Estas sentencias se parecen a las aditivas, pues en ambos tipos el juez crea una norma inferida de la cuestión; un ejemplo es la sentencia TC/0012/12, que antes examinamos.

Por último, están las *sentencias-recomendaciones al legislador* y las sentencias *legislativas*. Aquí tenemos como ejemplo la sentencia TC/0110/13, del año 2013, en la que el Tribunal Constitucional exhortó al legislador a adoptar, en un plazo de dos años, la regulación de la ejecución de las sentencias por el Poder Judicial para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales, entrando en vigor la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias que permiten al Ministerio Público conceder el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de las sentencias, en caso de que el legislador no adopte la normativa que exhorta el Tribunal Constitucional¹⁷. Aquí hay un voto disidente del magistrado Hermógenes Acosta, donde señala –entre otras cosas– lo siguiente: “*En lo que respecta a la exhortación al Congreso para que legisle, consideramos que no existe un vacío legislativo ni una inconstitucionalidad por omisión que justifique esta exhortación. Otra situación es que en la materia que nos ocupa sea necesario mejorar la legislación correspondiente*”¹⁸.

Como vemos, en la antedicha sentencia TC/0110/13, el Tribunal exhortó al legislador a aprobar una ley que regulase la ejecución de las sentencias por parte de los tribunales, difiriendo la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias que autorizaban al Ministerio Público a conceder la fuerza pública para la ejecución de las sentencias. Por ello se puede afirmar que, en realidad, son sentencias *exhortativas* aquellas que contienen directrices dirigidas a las autoridades aplicadoras de la ley, es decir, administración a los jueces ordinarios. Estas decisiones buscan señalar, a la manera en que

16 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0001/15 del 28 de enero de 2015, p. 29, párr. 9.3.9.

17 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0110/13 del 4 de julio de 2013, pp. 13-14, párr. 10.12-10.14.

18 Voto disidente del magistrado Hermógenes Acosta de los Santos con respecto a la sentencia TC/0110/13, dictada por el Tribunal Constitucional de la República el 4 de julio de 2013 (pp. 17-29).



se señalan con balizas las aguas navegables y los aeródromos, la norma a la luz de la Constitución. De hecho, en otra sentencia, la TC/0018/12, del año 2012, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia *exhortativa* destinada al Procurador General de la República, en la que recomendó a dicha autoridad poner en vigor un protocolo de regulación de las entradas y salidas de defensores públicos y abogados interesados en prestar servicio a los detenidos¹⁹.

Un ejemplo mucho más reciente de lo que venimos hablando es la sentencia TC/0489/15, del año 2015, en la cual el Tribunal, mediante un *test de razonabilidad*, decretó la inconstitucionalidad de una disposición que condicionaba la admisibilidad del recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia a la cuantía de la condenación (200 salarios mínimos) que envolvía el asunto juzgado. El Tribunal dictó una sentencia *exhortativa* y de *inconstitucionalidad diferida*, y resolvió otorgar al Congreso un plazo de dos años para que regulara la posibilidad de acceder al recurso de casación, porque entendió que había una violación grosera de derechos fundamentales, independientemente del *quantum*, del monto de la demanda, pues, en fin, debía existir límites razonables a la posibilidad de recurrir²⁰. Creo que es una sentencia muy buena, y a raíz de ella el Congreso tiene la *posibilidad* de sancionar una ley a partir de la visión conceptual que dio el Tribunal de lo que debe ser el acceso al recurso de casación.

La idea fundamental es, pues, que las sentencias *exhortativas* son la mejor evidencia de que el Tribunal Constitucional no solo dialoga con los litigantes en los recursos de revisión con respecto a la definición de las causales del recurso, sino que también dialoga con el Poder Legislativo, y eso es lo que rompe con ese modelo kelseniano de simple legislador negativo. El Tribunal Constitucional se ha autoproclamado como garante de la Constitución en el espíritu no kelseniano. Sin embargo, he sido crítico frente a algunas impurezas que afectan la recepción de ese modelo kelseniano. Porque, para Kelsen, el Tribunal Constitucional debe purgar del ordenamiento jurídico toda norma que resulte violatoria de la Constitución, incluyendo las normas derogadas, porque aun ellas, en algún momento,

19 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0018/12 del 13 de junio de 2012, pp. 9-10, párr. c)-f).

20 Tribunal Constitucional, sentencia TC/0489/15 del 6 de noviembre de 2015, pp. 18-24, párr. 8.5.3-8.5.16.



han surtido efecto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se aleja de ese modelo que señaló el jurista austriaco, estableciendo que cuando se impugna por inconstitucionalidad una norma derogada, la acción carece de objeto. Yo soy muy crítico con esa posición, porque el deber del Tribunal Constitucional, como guardián de la Constitución, es velar porque, en todo momento en que ha aplicado una norma, esta sea constitucional.

Hay una polémica muy interesante entre dos autores: Amaury Reyes, que entiende que la sentencia exhortativa no es vinculante, y Denny Díaz, que sostiene lo contrario. Yo entiendo que la sentencia exhortativa es tan vinculante como todas las sentencias del Tribunal Constitucional, lo único que el margen de discrecionalidad que se le da al legislador puede ser mayor o menor, dependiendo de la interpretación que haya hecho el Tribunal Constitucional. En este caso específico del recurso de casación, parecería muy claro que, para el Tribunal, el recurso debe estar abierto cuando hay violación grosera de derechos fundamentales. Entonces, el legislador, al hacer caso a la exhortación del Tribunal, no podría dejar fuera esa causal. Creo, en el marco de esta polémica, que es interesante prestar atención a los trabajos de estos juristas, que, como he dicho, exploran el carácter vinculante de las sentencias exhortativas. No creo, en todo caso, que deba tolerarse una discusión desenfocada, porque lo que hay que medir es cuál es el grado de constricción que el Tribunal le da al Poder Legislativo para cumplir la exhortación.

Con esto termino, volviendo a agradecer al Tribunal, a los organizadores de este magno evento, la posibilidad que nos confieren de poder presentar esta conferencia y de poder compartir con ustedes.

VIGENCIA DE LA CONCEPCIÓN
KELSENIANA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PANEL

**Magistrado Jottin Cury David,
juez del Tribunal Constitucional de la
República Dominicana**



Magistrado Jottin Cury David

Nativo de la ciudad de Santo Domingo. Juez del Tribunal Constitucional dominicano. Es Doctor en Derecho con especialidad en Sociedad Democrática y Estado de Derecho por la Universidad del País Vasco, España con la calificación de sobresaliente Cum Laude por la defensa de su tesis: “El Punto Comercial en la República Dominicana”.

Posee Maestría en “Derecho de la Administración del Estado” de doble titulación por el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) en Santo Domingo y la Universidad de Salamanca, España. Asimismo Maestría oficial sobre “Derecho Constitucional concentración Jurisdicción Constitucional”, de doble titulación por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y la Universidad Castilla La Mancha (UCLM). Cuenta con una Especialidad en “Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución” por la Universidad Castilla La Mancha, recinto Toledo, España, y un Post Grado en Derecho Comercial por la Concordia University de Canadá. Es diplomado en Derecho Empresarial por la Universidad APEC en Santo Domingo y egresado con honores de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU), Santo Domingo.

Ha escrito varios artículos publicados por los principales medios de circulación nacional y es co-autor de varias publicaciones, fundamentalmente en materia constitucional. Durante mucho tiempo fue profesor de Derecho Inmobiliario, de Derecho Administrativo y de Derecho Civil y procedimiento Civil, tanto en la Escuela Nacional del Ministerio Público, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), como en la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU).

Destacó como abogado de intenso ejercicio por más de veinte años. Ha sido miembro de la Comisión Redactora del Reglamento de la Ley General de Migración y del Plan de Regularización de Extranjeros. Fundador y Productor del Programa Debate Jurídico en Santo Domingo.

MAGISTRADO JOTTIN CURY DAVID

Ya algunas algunos de los aspectos que iba a abordar fueron tratados por Ricardo Rojas León, con la visión kelseniana, y por Eduardo (Jorge Prats); yo voy a hacer una breve introducción y luego vamos a pasar a las sentencias más importantes, a mi juicio, algunas de ellas del Tribunal Constitucional.

Antes de adentrarnos en la visión kelseniana del constitucionalismo, entendemos necesario destacar que se trata de una corriente positivista desarrollada por el jurista y filósofo Hans Kelsen, que se destacó en varias vertientes del pensamiento jurídico, filosófico y político por su célebre teoría pura del derecho, recogida en su obra homónima, así como en su libro *Introducción a la teoría pura del derecho*, que aunque criticada por motivaciones científicas y políticas, sin duda ha influido significativamente en el adelanto de la ciencia jurídica moderna, sobre todo en dos ramas fundamentales del derecho contemporáneo, el derecho constitucional y el derecho internacional. Por razones de espacio no podemos analizar todo el espectro de la teoría pura del derecho, aunque sí abordaremos la idea esencial de la misma. En efecto, la teoría pura del derecho plantea el estudio y aplicación del derecho al margen de toda orientación, influencia o ideología política, así como de la moral. Muy probablemente por esa razón, dicha teoría ha sido tan criticada o puesta bajo sospecha por todas las doctrinas e ideologías, lo cual, en gran medida demuestra la pureza de la misma.

En términos generales, la teoría en sí versa sobre el derecho positivo y se desarrolla a partir de la diferenciación de que entre un acto perceptible o acontecimiento fáctico que ocurre en el tiempo y en el espacio, existe otro elemento que está constituido por la significación jurídica cuando



se ha dictado una ley, y por tanto, se ha producido derecho. Ante esta situación, en la que él separa el derecho de la moral, pues para él, la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia con cierto sistema moral de hecho, afirma que una justificación del derecho por parte de la moral no es aceptable, porque no existe una única moral, una moral absoluta, sino numerosos sistemas morales que muchas veces son contradictorios.

Por tanto, las ciencias jurídicas, que solo tienen que conocer y describir el derecho, no tienen por qué justificarlo ni con una moral absoluta, así como tampoco con una moral relativa, de manera que el acontecimiento objetivo se produce en el tiempo y en el espacio, y aunque forma parte de la naturaleza del derecho natural, no constituye derecho.

En ese orden de ideas, la norma jurídica es considerada objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa a los hechos. Es de este modo que la norma jurídica adquiere validez antes de ser eficaz, ser aplicada y obedecida, y deja de ser válida cuando no es eficaz durante un tiempo relativamente largo.

Ahora bien, el control de constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general diseñado por Kelsen y puesto en vigencia por la Constitución de la República Federal de Austria, en octubre de 1920, difiere del denominado modelo americano de control constitucional, tanto en conferir la atribución de control de constitucionalidad a un órgano *ad hoc*, como es el Tribunal Constitucional, como en atribuirle una naturaleza singular o especial del legislador negativo a las funciones del mismo, y es que Kelsen, al ripostar las ideas y posiciones de Kaufman y la teoría de la comunidad del pueblo, en el célebre Congreso de Münster, de 1926, sostuvo que tales concepciones representaban un peligro y una tendencia clara a disminuir el valor y la función de la autoridad legislativa positiva, por lo que al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el conspicuo jurista vienés pretendía con ello evitar el riesgo de un Gobierno de los jueces.

Pues bien, vamos a entrar, y voy a pasar por alto, como les decía, estos aspectos teóricos que todos conocemos, y quiero que veamos algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional dominicano en las que se aplica esta teoría.

El Tribunal Constitucional dominicano, en la sentencia TC- 256- 14 de noviembre de 2014, anula el acto de adhesión del 19 de febrero de



1999, dictado por el Poder Ejecutivo, donde se establece que el Estado dominicano no forma parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto así porque el Congreso nacional no conoció ni ratificó el protocolo instrumento de adhesión a dicho organismo, conforme lo establecido en el artículo 55, punto 6 de la Constitución vigente en ese momento, de manera que actuó, en este caso, innegablemente apegado a una parte sustancial de la teoría kelseniana, en tanto que reconoce una facultad que expresamente la Constitución le asigna al Congreso Nacional, la cual fue desconocida en el caso de la especie. De igual forma, se puede apreciar, en la decisión 599-2015 del 17 de diciembre de 2015, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 550 guion 14, que instituye un nuevo Código Penal en la República Dominicana, por el incumplimiento del procedimiento legislativo establecido por la Constitución en sus artículos 76 y 93, entre otros. De esta manera, se cumple con una misión esencial de la concepción kelseniana, como es la complementariedad de los tribunales constitucionales respecto del Poder Legislativo o Parlamento, es decir, en este caso, el órgano constitucional ha servido de garante de la eficacia de los procedimientos legislativos establecidos por la Carta Magna, así como de las atribuciones que la norma sustantiva le confiere al Congreso Nacional, compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado de la República. No obstante, en materia de la preservación de la vigencia del artículo 40.15 de la ley sustantiva, y del desarrollo del principio de tutela judicial activa y debido proceso, consagrados en el artículo 69, así como con respecto al desarrollo del principio de razonabilidad, el Tribunal Constitucional dominicano dictó la sentencia 339-14 de diciembre de ese mismo año, con ocasión de una acción directa de inconstitucionalidad, mediante la cual declaró nulos, por inconstitucionales, los artículos 13 y 15, 16, 17, 20, entre otros, de la Ley número 2334, de 1880, y sobre el registro de los actos civiles, judiciales y extrajudiciales.

La referida decisión se ampara en que dicha ley establecía el cobro de montos desproporcionados para el registro de las sentencias en base al monto de la condenación establecida en las mismas, sin cuyo pago previo no era posible la entrega de la primera copia de las mismas ni su registro en la oficina de Registro Civil y Conservaduría de Hipotecas. Tampoco era posible el ejercicio de las vías recursivas establecidas por la ley para quienes no dispusieran de los recursos económicos para efectuar dicho pago, desproporcionado e injusto, en relación al registro de las decisiones.



En efecto, en una de las motivaciones de la sentencia anteriormente indicada, se cita un criterio esbozado por Juan Francisco Linares, que lo encontramos consignado en la teoría pura del derecho, casi con las mismas palabras, a saber, cito: *“se precisa determinar, bajo los postulados del artículo 40.15 de la ley Suprema, si la ley acusada es o no razonable, entendida la razonabilidad como la razón suficiente que le da sentido y razón a la justicia y que la misma se presenta cuando la conducta se funda en la esencia misma del derecho, siendo esto lo que convierte a la norma, en norma democrática, teniendo los requisitos de razón, justicia e igualdad”*, fin de la cita. Por su parte, en la sentencia 274-2000, del 13 de diciembre de ese mismo año, el Tribunal Constitucional dominicano declaró la inconstitucionalidad formal de la Ley 91 del año 1983, que instituye el Colegio Dominicano de Abogados, en el marco de una sentencia exhortativa que igualmente resulta cónsona con el criterio de complementariedad, cooperación y cortesía anteriormente expuesto, pues según Kelsen, este debe caracterizar la función de legislador negativo del órgano constitucional con relación al Parlamento, por lo que dispuso lo siguiente, cito: *“que los efectos de la anterior declaración de inconstitucionalidad quedasen diferidos y exhortar al Congreso Nacional para que dentro de la función legislativa que le es propia, emita una nueva ley que enmiende la situación de inconstitucionalidad formal que afecta la Ley número 91 de 1983”*. En esta sentencia es oportuno indicar que el Tribunal no le dio un plazo específico al Congreso; lo dejó abierto, a diferencia de lo que ha hecho en otros casos similares. No obstante, más concretamente, en dicha sentencia se cita expresamente el modelo kelseniano, no en los motivos de admisibilidad del recurso, sino cuando en el párrafo correspondiente a la letra F, se hace referencia al criterio sustentado por Paul Rueda, leal en su trabajo de los fundamentos teóricos de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad, en los términos siguientes, cito: *“la sentencia que dicte el Tribunal, declarando que una norma cuya validez ha sido discutible mediante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto... Esto puede aplicar el modelo que el sevillano, en virtud del cual el Tribunal Constitucional puede determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que resulta ilógico, siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad, se sustente tal tipo de disposición y se establezca un plazo de vigencia razonable”*, fin de la cita.



De igual manera, en el párrafo correspondiente a la letra B de la referida sentencia 274-2013, el Tribunal Constitucional dominicano reconoce uno de los ejes fundamentales de la concepción del derecho y del control constitucional de las normas jurídicas, cuando apunta que en nuestro sistema constitucional prevalece el criterio de que una ley es constitucional hasta tanto el órgano encargado del control de la misma se pronuncie en sentido contrario, de conformidad con la máxima *in dubio pro legislature*.

En la sentencia 200-13 el de noviembre de ese año, el Tribunal se pronunció respecto a una acción directa de inconstitucionalidad contra la resolución 86-11, dictada por el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), la cual aprobó el reglamento para la obtención y preservación de los datos e informaciones por parte de los proveedores de servicios de telecomunicación. La decisión se fundamenta en el hecho de que permitir la interpretación de datos sin una orden judicial previa violentaba el derecho a la intimidad, derecho al secreto y privacidad de la comunicación. En consecuencia, al declarar la nulidad de los artículos de la referida resolución, contrarios a la Constitución, se reforzó con ello la protección de derechos fundamentales claramente reconocidos por los tratados internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional, así como por el derecho constitucional dominicano y su legislación.

En la sentencia 70-15, del 16 de abril de 2000, el Tribunal continuó su función de legislador negativo, como garante de la norma sustantiva y de los derechos fundamentales, y en el caso de la especie, también preserva el principio de igualdad con respecto a la mujer, al declarar nulo el artículo 35 de la Ley 36 bis sobre divorcio en República Dominicana, el cual establecía que la mujer divorciada no podía volver a casarse sino 10 meses después de que el divorcio hubiera llegado a ser definitivo, a menos que su nuevo marido fuera el mismo de quien se hubiera divorciado. El legislador lo que quería era evitar la confusión de paternidad, pero ya los adelantos de la ciencia no justifican que se mantenga este precepto, y por esa razón el Tribunal dictó esa decisión.

La intención del legislador, al elaborar la disposición antes indicada, era, ya lo he dicho, evitar la confusión de paternidad. Al dictar otras sentencias exhortativas, igualmente trascendentes, mediante las cuales se exhorta al Congreso Nacional a reformar determinadas leyes con artículos declarados inconstitucionales, el Tribunal Constitucional dominicano actúa, de manera inconfundible, conforme a la concepción más pura del filósofo vienés, en



lo concerniente al criterio del legislador negativo y también en lo referente al ideal de supremacía que este le confería al Parlamento, en términos de elaboración de las normas jurídicas. Ahora bien, en lo concerniente a las técnicas de interpretación jurídica que emplea el Tribunal Constitucional dominicano, entendemos que también en ellas se encuentran presentes, la teoría pura del derecho y la concepción del legislador negativo, pues independientemente de la cosmovisión y la preconcepción de las normas jurídicas que tenga cada juez miembro del Tribunal, se puede observar aún, en las decisiones que contienen votos disidentes o salvados, el hecho de que para motivar el enfoque jurídico de sus criterios, predomina en los magistrados una interpretación jurídico constitucional más apegada a la objetividad y a las técnicas modernas de interpretación del derecho como una ciencia, que a ponderaciones sustentadas en ideologías o dogmas de índole político, religioso o de cualquier otra especie.

Lo cierto es que, al parecer, un espíritu de interpretación de las normas jurídicas y del derecho a partir de los mandatos, principios y valores que establecen las normas jurídicas presentes en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Congreso Nacional en el Tribunal Constitucional dominicano, se mantiene claramente vigente una buena parte del pensamiento *ius positivista* lógico de Hans Kelsen. De hecho, en sus decisiones se aprecia un esfuerzo por que las mismas se fundamenten lo más certeramente posible en la racionalidad y la lógica jurídica, así como en la solución objetiva de los asuntos y conflictos planteados a partir del derecho positivo, de modo que por todo lo antes expuesto, es claro que la concepción kelseniana ha estado presente en el proceso de consolidación del Tribunal Constitucional dominicano.

Muchas gracias.

LA MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Dr. Boris Barrios González,
Presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal



Dr. Boris Barrios González

Doctor en Derecho, PHD cum laude, por la Universidad Católica Santa María La Antigua, Panamá. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá. Cursó el posgrado de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Italia, así como el Posgrado de Especialización en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Castilla-La Mancha, Toledo, España. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá.

Actualmente es profesor de la Universidad de Las Américas y la Universidad Americana de Panamá. Nombrado Profesor Honoris Causa por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido profesor de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional de Panamá, Universidad Latina de Panamá, Universidad Nacional Autónoma de Chiriquí, Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología, Universidad del Istmo, entre otras. Profesor invitado a la Universidad de Ciudad de Mar del Plata y Universidad Lomas de Zamora, Argentina; Universidad de Salamanca, España; Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina y la Universidad de Medellín, Colombia.

Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional. Conferencista en temas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional.

Es autor de diversas obras especializadas, algunas de ellas: La Investigación Penal por Delito Electoral, Fundamentos Constitucionales y Supranacionales del Proceso Penal Acusatorio, El Control Difuso de Convencionalidad y su Eficacia en el Ejercicio de la Jurisdicción Penal, Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

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

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 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. Leonor, el autor está refiriéndose a DOS libros con títulos distintos...

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 jurídica¹; 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 1789².

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

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

2 Ídem.



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. La 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”³.

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 anglosa-

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



jón; 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”.

El fenómeno lingüístico es hartamente 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...”⁴.

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”⁵.

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

4 Ídem.

5 Ibíd.



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. Ya esto está dicho dos veces.

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 pueblo⁶.

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.

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



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

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”⁷.

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 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 go-

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



bierno 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 evolutivas⁸:

1. El Estado como instrumento de dominación de clase.
2. El Estado como medio de construcción del socialismo.
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 revolucionarias⁹.

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

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

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



de los miembros de la sociedad y, para Hauriou, eso es el ejercicio de un poder revolucionario¹⁰.

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 requisitos¹¹:

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 cuando¹².

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 real¹³; he allí la distinción entre poder constituyente y poder

10 Ibid., p. 99-100.

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

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

13 Ibid., p. 317.



constituido (o legislativo); distinción que se produce por las materias que cada uno regula, así como por la naturaleza de los poderes.

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 clero¹⁴.

La teoría de SÁCHICA expone que cuando devienen los movimientos independentistas latinoamericanos, los pueblos aun 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.

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.

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



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 sujeción¹⁵.

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 (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”¹⁶.

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

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

16 *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.



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 Estados a los que pertenecen; en su conjunto, hacen hoy un cambio de paradigmas hacia una nueva concepción de la soberanía¹⁷.

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 concretos¹⁸.

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

17 Ídem.

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



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 efectiva¹⁹.

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 estatal²⁰.

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 convivir²¹.

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

19 Ídem.

20 Ídem.

21 Ídem.



impere una visión de Constitución abierta; constituciones que permitan, 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 tiempo²².

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 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,

22 Ídem.



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-”²³, por eso “una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”²⁴.

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 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 mera 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

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

24 *Ibid.*, p. 590.



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”²⁵; 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 cosas²⁶.

Atendiendo a la función anuladora o de “legislador negativo” del Tribunal, el mismo Kelsen refiere que es ingenuo pensar que el Tribunal no crea 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...”²⁷.

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”²⁸.

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

25 *Ibíd.*, 149.

26 *Ibíd.*, 125.

27 *Ibíd.*, p. 491.

28 *Ibíd.*, p. 492.



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 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”²⁹.

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 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 cons-

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



titucional 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 tributaria³⁰.

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

30 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).



tributaria e igualdad, que 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 igualdad³¹.

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.

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

31 Ídem.



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 fallos³².

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.

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.

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



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 personal*³³.

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 Americana*³⁴.

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 legislación*³⁵.

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

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

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

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 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 leyes³⁶.

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 produzcan vacíos que dificulten

36 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.



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”³⁷.

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.

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

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



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 poder³⁸.

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 protección³⁹.

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 extrajudiciales⁴⁰.

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 abolidos.

Mediante la emisión de una sentencia prospectiva se busca la solución considerada más justa para determinar los efectos en el tiempo de la

38 KELSEN. *La Garantía...*, ob. cit., Nº 9, p. 84.

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

40 SALAS PARRA, Nicolás.



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 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 jurídico.

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 posible⁴¹.

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, porque esto puede producir un mal mayor que el

41 Ídem.



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 su límites.



BIBLOGRAFÍA

- 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.

LA RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON LOS DEMÁS PODERES DEL ESTADO

Dr. Krystian Complak,
Catedrático de Derecho Constitucional en la
Universidad de Wrocław, Polonia



Dr. Krystian Complak

Catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Wroclaw (Polonia). Profesor Honorario de la Universidad de San Martín de Porres en Lima y Profesor Visitante Honorario de la SGT University in Gurgaon Delhi (India). Consultor extranjero permanente ante las universidades de Kazajstán para cursos de doctorado. Autor de más de cien trabajos científicos, sin contar los de índole periodística. Entre sus trabajos en lenguas extranjeras cabe destacar la monografía en español (Caracas 1989) “Los gobiernos de hecho en América Latina (1930-1980)” y en portugués (con M. A. Maliska), Entre Brasil e Polonia. Um Debate sobre Direito e Democracia” (Río de Janeiro 2012). Invitado por las innumerables universidades de América Latina, Europa, África y Asia. Observador electoral internacional de los comicios parlamentarios y presidenciales, últimamente en la República Dominicana en mayo de 2010. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de las Facultades de Derecho en Europa (1999-2002). Vicedecano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Wroclaw (1997-2003). Vicepresidente de la Asociación Polaca de Derecho Constitucional. Integrante de mas de una docena de consejos editoriales de varias revistas de derecho de América Latina. Actualmente, integra al Consejo Científico de la Academia Internationale de Droit Constitutionnel en Túnez (Tunicia).

Introducción

El objetivo de mi ponencia es presentar los modelos de la regulación constitucional de las relaciones de los Tribunales Constitucionales con otros poderes del Estado. El Tribunal Constitucional como órgano del Estado es de fecha relativamente reciente. Comenzó a funcionar hace apenas un poco más de medio siglo. Surgió consolidado después de la Segunda Guerra Mundial -en los años cincuenta de la centuria próxima pasada- cuando empezaron su actividad las cortes constitucionales alemán e italiana. Hasta esta fecha, el llamado control de constitucionalidad de leyes estaba confiado a variadas instituciones, tanto parlamentarias como de índole ejecutiva y, por cierto, a algunos tribunales más bien efímeros, como el checo o austriaco. Entre ellas se destacaba el llamado control de constitucionalidad difuso. Su manifestación paradigmática era el sistema judicial de los Estados Unidos¹.

El Tribunal Constitucional es un órgano especialmente creado para efectuar la comprobación de la constitucionalidad del derecho vigente del país. Es un órgano monopolístico, en el sentido de que solo a este pertenece la declaración definitiva e inapelable de un acto normativo inconsti-

1 En la literatura científica se puede encontrar diferentes definiciones del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el léxico del derecho constitucional polaco leemos que “lo que distingue un tribunal de las cortes como órganos de la administración de la justicia es, antes que nada, el modo de designar sus magistrados, la adopción del principio de plazos fijos de duración del cargo, el no sometimiento a la supervisión judicial de la Suprema Corte de Justicia, la ausencia de relaciones del Tribunal Constitucional con el Consejo Nacional del Poder Judicial, la no aplicación ante el Tribunal del principio de doble instancia”. A. Szmyt, *Leksykon praw konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, Editorial C.H. Beck 2010, p. 624. L. Favoreu le da la siguiente definición: “Una corte constitucional es una jurisdicción creada para conocer, especial y exclusivamente, el contencioso constitucional, ubicada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de este como de los poderes públicos”. L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Editorial Dalloz 2011, pp. 3-4. El gran diccionario jurídico ruso define la corte constitucional como un “órgano aparte, cuya función única o principal es la realización de la supervisión constitucional. (...) En contraposición a las supremas cortes ordinarias, la Corte Constitucional no pertenece al sistema de judicatura común”. VVNN, *Bolshoy yuridicheskiy slovar*, editorial Infra-M 1997, p. 304.



tucional. Es una especie de controlador de todos los controladores de la constitucionalidad de las normas jurídicas en vigor dentro de una nación. Según quiso originariamente H. Kelsen, este debería ser un tribunal *ad hoc*, especializado y concentrado, al margen de los clásicos poderes del Estado, para ejercer el control de constitucionalidad de leyes. Proponía una jurisdicción constitucional y no la justicia constitucional, pues dentro de su derecho puro no cabían justicia ni libertades públicas, o sea, la parte dogmática de la Carta Magna².

No pretendo exponer todas las instituciones que llevan el nombre del Tribunal Constitucional, ni de las que se asemejan a ellas³. Algunos de estos órganos son demasiado conocidos en la cultura jurídica latinoamericana, como el Tribunal Constitucional español o el Consejo Constitucional francés. Sin embargo, en el mundo de hoy ya tenemos una cantidad bastante elevada de instituciones de esta índole, y por consiguiente, sus nuevos modelos. Su inclusión en la división tripartita de los poderes creó una configuración original dentro del entramado del Estado. A su exposición está consagrada mi intervención.

En el primer momento, presentaré el Tribunal Constitucional más emblemático del mundo, como lo es la Corte Constitucional Federal de Alemania, para, en seguida, exponer las jurisdicciones constitucionales de la Europa del Este. Les seguirán los tribunales de los países asiáticos y africanos. El examen de los tribunales y cortes en América Latina lo dejaré a mis colegas de allá -sus conocedores excelsos. Terminaré mi informe con algunas conclusiones, acompañadas de unas cuantas ideas generales sobre este invento kelseniano que se expandió por todos los continentes, con una sola excepción, la australiana.

2 Para un buen recuento de la tentativa de H. Kelsen de difundir sus ideas en Francia, cf. D. García Belaúnde, *Kelsen en París: Una ronda en torno al "Modelo Concentrado"*, Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Católica de Santa María, 2009, núm. 4, pp. 27-49.

3 Según el estudio de G. Harutyunyan y de A. Macic, en el mundo prevalece el control difuso del derecho. De los 152 países, 88 pertenecen al modelo americano de control de constitucionalidad, 58 al sistema europeo, y los otros 12 se acogieron al esquema del Consejo Constitucional francés, en su versión antes de 2008. G. Harutyunyan y A. Macic, *The Constitutional Review and its Development in the Modern World: a comparative constitutional analysis*, Ljubljana/Yervan, Hayagitak 1999. Se puede consultar esta investigación en www.concourts.am/Books/monogr3/. LA SUMA DE 88+58+12=158, NO A 152



La Corte Constitucional Federal de Alemania

Considerada por muchos, sino por la mayoría de los expertos en la materia, como la jurisdicción constitucional más poderosa del mundo... no lo es. En primer lugar, debemos notar que en Alemania, el poder Judicial está confiado a los jueces, siendo ejercido, entre otros, por la Corte Constitucional Federal, así como por una multitud de tribunales federales y los de los Estados regionales, con sus instancias y jurisdicciones especializadas. En contraste, por ejemplo, con la República Dominicana, en la cual el Tribunal Constitucional está ubicado fuera del poder Judicial, la Corte alemana está en su seno. Por eso, lo preceptuado en su Carta Magna, de que los jueces son sujetos “únicamente a la Ley”, aunque comprensible, se puede prestar a diferentes interpretaciones⁴.

Conviene decir también -sin entrar en una discusión mayor- que también su autodenominación, figurada “Guardián de la Constitución”, lleva a una equivocación. La Corte Constitucional Federal alemana no es un custodio de la Constitución, puesto que la Corte no se encuentra ubicada por encima de la Carta Magna, sino por debajo de ella. No tiene, por ejemplo, una facultad de interpretar la Constitución en abstracto, es decir, sin referirse a un litigio concreto. Según el art. 20, numeral 3 de la Carta Magna, si el poder Legislativo está sometido “al orden constitucional”, los poderes Ejecutivo y Judicial, “a la ley y al derecho”. Este distingo textual también da mucho que pensar.

Esto no quiere decir que la Corte alemana es débil. Baste con leer sus competencias, las cuales rebasan los límites de un solo control (constatación) de conformidad de la ley con la Constitución. El órgano tiene 16 renglones de atribuciones diferentes, los cuales consisten, ante todo, en la posibilidad de inmiscuirse en la esfera de la legislación, a través del derecho de anular las leyes reconocidas contrarias a la Carta Magna. Dirime litigios constitucionales concernientes a la concordancia del derecho de sus componentes territoriales (Estados regionales) con el derecho federal y con la misma Constitución, así como la ejecución del derecho federal por estas entidades, y en general, de la denominada supervisión federal y

⁴ El precepto equivalente de la Carta Magna polaca dice que los magistrados del Tribunal Constitucional están sometidos “únicamente a la Constitución”.



las controversias de competencias entre los órganos superiores federales. Decide también sobre la legalidad o la existencia de los partidos políticos. A esto conviene añadir su involucramiento en la verificación de los mandatos electorales de los diputados.

La dependencia mayor de la Corte de Karlsruhe está ubicada en sus relaciones con el parlamento. Resulta que la Carta Magna otorga al parlamento el derecho de determinar los casos en que las decisiones de la Corte tengan fuerza de ley. La endeblez se origina en el hecho de que la Corte no ostenta ninguna garantía presupuestaria, en el sentido de tener una cuantía de dinero garantizada, independientemente de las preferencias de los diputados⁵. En la Ley Fundamental no existe ningún precepto que prevea un cierto porcentaje de gastos para una determinada institución o actividad. La adopción de tal principio sería incluso contraria a las reglas que rigen la confección de los Presupuestos Generales del Estado.

La supeditación más grande de la Corte de Karlsruhe al Parlamento radica en el modo de elegir a los magistrados constitucionales. Los miembros de la Corte son elegidos por mitades por el Parlamento Federal y por el Consejo Federal. Otras normas puntualizan que sus magistrados se eligen por mayoría de dos tercios. Se trata de una selección muy politizada. Las negociaciones y acuerdos parecen no tener fin. Algunas de estas batallas por proveer los cargos con su gente terminaron en crisis prolongadas. Aquí es suficiente mencionar el retiro de la candidatura del destacado constitucionalista alemán Horst Dreier, debido a su acosamiento por las izquierdas y las derechas, originado por sus opiniones sobre la dignidad humana.

La Corte Constitucional de la Federación Rusa

La Corte Constitucional rusa, renacida en febrero de 1995, luego de su suspensión el 21 de septiembre de 1993, no es una jurisdicción baladí. En primer lugar, hay que apuntar que los 19 magistrados de la Corte Cons-

5 Lo único que dice La Ley Fundamental de Bonn sobre las cuestiones financieras del tercer poder es la última frase de su art. 97. Allí se dispone que “al modificarse la organización de los tribunales o sus jurisdicciones, los jueces podrán ser trasladados a otro tribunal o separados del cargo, pero únicamente con el goce del sueldo íntegro”.



titucional rusa son elegidos por el Consejo de la Federación (el senado), a propuesta del Primer Mandatario. Pueden ser nombrados únicamente los abogados con la experiencia de al menos 15 años de trabajo jurídico, conocidos por sus profundos conocimientos del derecho. Son elegidos por tiempo ilimitado, siendo solo obligados a jubilarse después de cumplir 70 años de edad. Los magistrados gozan de inamovilidad, es decir, solo pueden ser destituidos de sus cargos en base a un delito. El presidente, vicepresidente y magistrado-secretario de la Corte son elegidos por sus pares en la reunión plenaria, por una mayoría de votos del número total de jueces.

Las atribuciones de la Corte son amplias. Como toda jurisdicción por antonomasia, su principal tarea es el control de la correspondencia de la legislación con la Carta Magna. En Rusia, esta engloba las leyes federales, los actos normativos del jefe de Estado, los de ambas cámaras de representación nacional, del ejecutivo, así como las constituciones de las repúblicas, los estatutos, disposiciones jurídicas de los sujetos de la Federación, los acuerdos entre el poder central y los poderes regionales, y por cierto, los tratados (convenios) internacionales del país “que entraron en vigor”. Además, la Corte rusa resuelve las controversias verticales y horizontales de facultades entre diferentes estructuras (organismos) de la Federación.

En adición a esto, la Corte rusa tiene la incumbencia de interpretar la vigente Constitución federal. Se trata de una competencia aparte (aislada) de la explicación del texto de la Carta Magna sin conexión con un pleito concreto, pendiente ante una jurisdicción de derecho común o especializada. La solicitud de iniciar esta tarea solo la pueden presentar el Primer Mandatario, la cámara alta (el Consejo de la Federación) y la cámara baja (la Duma del Estado), el Gobierno central, así como los organismos del Poder Legislativo de los sujetos de la Federación Rusa. Se considera que esta facultad de la Corte es una especie de enmienda constitucional, debido a la dificultosa reforma de los preceptos de la Carta Magna⁶.

Si la Corte Constitucional rusa no dispone de ningún radio de acción respecto a los partidos políticos, sí lo tiene en lo que atañe al juicio político en contra el presidente de la República. La Corte, a solicitud

6 Cf. J. Henderson, *The Constitution of the Russian Federation, A contextual Analysis*, Hart Publishing, Oregon 2011, p. 200.



del Consejo de la Federación (o sea, del senado ruso) hace un dictamen sobre la observación del procedimiento establecido para la presentación de la acusación contra el Primer Mandatario por traición al Estado o por cometer otro delito grave. En otras palabras, su participación no es de un órgano de enjuiciamiento o del pronunciamiento de una condena, sino de consulta en cuanto a la regularidad de los trámites aplicados al caso.

La Corte Constitucional no puede iniciar ningún asunto por su propia cuenta. Esta puede abrir el expediente a ruego de órganos del Estado enumerados expresamente por la Carta Magna. En adición a eso, la Corte puede ventilar las quejas individuales o colectivas (recursos de amparo) en caso de la infracción de los derechos y libertades de los ciudadanos. También puede iniciar el procedimiento prejudicial, cuando una jurisdicción pide a la Corte que se verifique la constitucionalidad de la ley aplicada o que será aplicada en un juicio pendiente.

En cuanto a la independencia financiera de la Corte Constitucional rusa, la Carta Magna solo aborda este aspecto de manera general, al referirse a todos los órganos del poder Judicial. En contraposición a la regulación polaca, que fija las obligaciones del parlamento respecto al nivel de la remuneración y las condiciones de trabajo de los magistrados, el precepto ruso reserva la financiación de los tribunales solo al presupuesto federal, agregando que el dinero asignado deberá garantizar el ejercicio de la justicia plena e independiente. Únicamente a nivel de las leyes federales pertinentes existen algunas reglas, como la prohibición de disminuir el presupuesto de la Corte en comparación con el del año pasado.

Tribunal Constitucional polaco

En primer lugar, conviene constatar que el régimen de la República de Polonia se basa, según el art. 10 de la vigente Carta Magna, en la separación y el equilibrio entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En el Preámbulo a la Carta Magna se habla de la cooperación entre los poderes. Al apreciar la posición del TC dentro de los poderes del Estado, cabe en primer lugar tener presente lo arriba señalado: el equilibrio, y en cierta medida, la cooperación entre los poderes. En cuanto al tercer rasgo, que la Carta Magna determina (art. 173) -un poco enigmáticamente- que las cortes y tribunales constituyen “un poder distinto e independiente de los



otros poderes”, conviene matizarlo. Al entender este precepto literalmente, se podría decir que el Tribunal está, orgánica y funcionalmente, totalmente separado de todas las instituciones de la soberanía institucional. Una especie de rompimiento de todas las relaciones y tratos con los demás poderes.

Al tratar de desentrañar esta fórmula, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 15 de noviembre de 2009 dijo que “puede existir, por lo tanto, tal ámbito de acción de las cortes dentro de la cual, la injerencia del ministro de Justicia, apoyada en las disposiciones legales, conllevará consigo un reproche de un quebrantamiento del principio constitucional de la independencia de las cortes y de la autonomía de los jueces”. En otras palabras, la usurpación en el marco del equilibrio de los poderes es excepcionalmente admisible, sobre la base de preceptos redactados con precisión y de una justificación sustancial adecuada.

Tampoco es exacta la expresión “independiente de los otros poderes”. Los integrantes del Tribunal Constitucional polaco provienen -por su modo de designación- de otro poder. Todos sus 15 magistrados son elegidos individualmente por la Cámara de Diputados. Que, más el presidente y el vicepresidente del Tribunal Constitucional, son nombrados por el presidente de la República. La única limitación del Primer Mandatario en este ámbito es que el jefe de Estado les nombra entre los candidatos propuestos por la Asamblea General de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Además, cabe darse cuenta de que en mi país, el poder judicial lo ejercen las cortes y tribunales. Esto quiere decir que en mi país, el Tribunal Constitucional pertenece, dentro del poder judicial, al subgrupo de tribunales. Si en mi patria existen diferentes géneros de cortes, hay solo dos tribunales. El que nos interesa y el otro, de juicio de residencia o de la destitución y/o sanción de altos funcionarios del Estado, por violaciones de la Constitución o de las leyes, cometidas en conexión con el cargo que ocupan o en el ámbito de su competencia; en el caso del Primer Mandatario, también por los delitos de derecho común. A pesar de la amplia jurisdicción del Tribunal de Residencia, esta no engloba a los magistrados constitucionales. Es más, entre este último y el TC no existe ningún vínculo institucional, específicamente en el sentido de una subordinación o superioridad.

En cuanto a la supuesta independencia del Tribunal Constitucional “de otros poderes”, diré algunas palabras sobre sus relaciones con el poder Ejecutivo. Según el art. 190, numeral 2., segunda frase de la Carta Magna,



“cuando una resolución tenga efectos sobre gastos financieros no previstos en la ley presupuestaria, el Tribunal Constitucional deberá especificar la fecha final de la vigencia del acto normativo de que se trate, oído el Consejo de Ministros”. No hay mejor prueba de una mediatización directa del gobierno sobre el poder Judicial.

La independencia financiera del órgano en cuestión se regula solo en el art. 178, numeral 2 de la Carta Magna. En este leemos que a los magistrados del Tribunal Constitucional se asegurará “las condiciones de trabajo y de remuneración acordes con la dignidad de su cargo y el alcance de sus deberes”. El Tribunal Constitucional, al aclarar esta disposición anotó, en su fallo del 12 de diciembre de 2012, que la cuestión de la remuneración no estriba apenas en la relación “trabajo-salario”, puesto que esta se conecta “con la percepción de esta profesión desde la perspectiva de su dignidad y autonomía”. En este orden de ideas, “las condiciones de trabajo y de remuneración acordes con la dignidad de su cargo y el alcance de sus deberes deben ser enfocados como una institución del régimen político-constitucional al servicio del bien del Estado”. En la Carta Magna polaca falta una norma que prescriba una determinada cuantía del dinero o fije un porcentaje definido en el Presupuesto General del Estado, reservado al Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional húngaro

La Carta Magna de Hungría regula la jurisdicción constitucional un poco a la dominicana, es decir, la separa del poder Judicial, pero corriéndola hacia adelante. Según su art. 24 numeral 1, el Tribunal Constitucional es el órgano máximo para resguardar la Ley Fundamental del país. Su rasgo más peculiar radica en el amplio control de la actividad legislativa. Baste con leer el art. 6 de la Carta Magna. La Asamblea Nacional puede mandar un texto aprobado -a propuesta de su presidente, del iniciador de la ley o del gobierno-, presentado “antes de la votación final”, al Tribunal Constitucional, para verificar su conformidad con la Ley Fundamental⁷.

7 La disposición del art. 6, numeral 2 de la Carta Magna húngara no es clara, puesto que la frase siguiente reza que “la Asamblea toma la decisión sobre el particular, luego de ser realizada la votación final”.



Si la ley no había sido comprobada de la manera arriba señalada, el Primer Mandatario puede enviarla al Tribunal, con el fin de apreciar su congruencia con el Máximo Texto Jurídico. El jefe del Estado puede valerse de este derecho también cuando el Tribunal Constitucional, luego de su control a instancia del presidente del Parlamento, no constató la contrariedad de la ley con el acto normativo supremo. Si la ley había sido considerada discrepante con la Carta Magna, la Asamblea la examina de nuevo, con el objeto de suprimir esta discordancia. Efectuada esta tarea, cada uno de los cuatro sujetos arriba mencionados, puede volver a introducir una nueva demanda de control. En estos segundos casos -conformidad o inconformidad- la extensión del examen se reduce a las prescripciones modificadas o al incumplimiento de los requisitos procedimentales definidos en la Carta Magna y atinentes a las exigencias del proceso legislativo.

Un procedimiento especial rige el examen constitucional de las leyes financieras. En los casos cuando la deuda del Estado supera la mitad del producto interno bruto, el Tribunal Constitucional puede fallar sobre la constitucionalidad de las leyes tocantes al presupuesto general del Estado y su ejecución, a los impuestos, a las prestaciones sociales, a los pagos, a los derechos arancelarios, a las decisiones centrales determinantes de los tributos locales. Sin embargo, los criterios de su examen pueden ser solo las cuatro categorías de derechos previstos en la Carta Magna. Estos derechos abarcan la vida y la dignidad humana; la protección de los datos personales; el pensamiento, la consciencia y la creencia; y los relacionados con la ciudadanía húngara.

Cabe anotar una influencia parlamentaria decisiva sobre la composición del Tribunal Constitucional. Los candidatos a magistrados constitucionales y a presidente de Tribunal Constitucional los elige la Asamblea Nacional. El requisito de ser apoyado por mayoría de dos terceras partes de los votos exige a veces negociaciones duras y prolongadas entre las fracciones parlamentarias y no es por lo común una imposición de un solo partido político. De otro lado, la destitución constitucional del primer mandatario depende del Tribunal. La llevada a su fin del procedimiento parlamentario tendente a la revocación del cargo del presidente de la República pertenece al Tribunal. La acusación parlamentaria es solo suficiente para incoar el proceso. A esto cabe agregar que el Tribunal está llamado a expresar solo su opinión no vinculante cuando la Asamblea Nacional, a propuesta del gobierno, procede a la disolución de las autoridades de autoadministración local.



Tribunal Constitucional tailandés

Esta joven jurisdicción, casi coetánea a la dominicana⁸, está compuesta por nueve miembros, los cuales se reparten de la manera siguiente. Tres son nombrados por la Suprema Corte de Justicia de entre de sus integrantes y dos proceden de la Corte Superior Administrativa. En lo que atañe a los restantes, dos deberían ser hombres de derecho con la experiencia en este dominio y dos especialistas en ciencias políticas, administración pública o en otras ciencias sociales, dotados de conocimientos y la experiencia en la dirección de los asuntos del Estado.

Todos los aspirantes a estas dignidades están seleccionados y elegidos por un Comité de Escogencia de los Magistrados de la Suprema Corte. Son miembros de este Comité el presidente de la Suprema Corte de Justicia, de la Corte Superior Administrativa, de la Cámara de Representantes, el líder de oposición en este último cuerpo y el personero de las organizaciones constitucionales independientes⁹. El Comité de marras tiene 30 días para elegir los candidatos a magistrados constitucionales. La selección se efectúa por medio de una votación abierta, y los selectos deberían ser apoyados por, al menos, dos tercios votos de los miembros del Comité.

La nómina de candidatos así seleccionados pasa al Senado, el cual tiene también 30 días para su examen. La resolución contentiva de los elegidos debería ser votada de modo secreto, y en caso de resultado positivo, entregada por el presidente del Senado al rey. Este nombra las personas así escogidas al Tribunal Constitucional. Si el Senado rechaza la nómina, aunque sea parcialmente, el Comité de Escogencia puede prevalecer su decisión al apoyar por unanimidad los postulantes. Si no obtiene el apoyo de todos sus vocales, el Comité procede a la reelección de pretendientes. Si el Comité de marras no está en condiciones de finalizar la selección dentro de un mes (30 días, para ser preciso), la Suprema Corte de Justicia

8 Aunque el primer Tribunal Constitucional había sido instituido en 1997, el que estudiamos aquí se basa en la Carta Magna del país de 2007. La primera corte constitucional tailandesa había sido disuelta por el pronunciamiento militar del 19 de septiembre de 2006. El 7 de agosto de 2016 se aprobó en el referéndum la nueva decimotava Constitución de Tailandia. La Corte con las características descritas sigue en ella.

9 Estas organizaciones incluyen, sobre todo, la Junta Electoral Nacional, el Defensor del Pueblo, la Auditoría Estatal, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Comisión Nacional Anticorrupción.



y la Corte Superior Administrativa designan en sus asambleas generales sus tres y dos magistrados, respectivamente, como titulares del Tribunal Constitucional.

No puede aspirar a ser presentado un elenco bastante elevado de personas. Entre estas se encuentran, por ejemplo, los altos funcionarios del poder electoral, el defensor del pueblo, diputados, senadores, ministros, altos funcionarios del ministerio público, miembros de la Comisión Nacional de Lucha contra la Corrupción, integrantes de los poderes locales, de los partidos políticos, vocales de la Contraloría General de la República o miembros de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Los candidatos tampoco pueden tener antecedentes penales, ser “quebrados o quebrados sin honor”, pertenecer al clero budista, entre otros más.

El Tribunal Constitucional tailandés dispone de todos los atributos propios a tales instituciones. Además de examinar las leyes antes y después de su entrada en vigor, recibe recursos de amparo, ventila las excepciones de constitucionalidad, resuelve las disputas de competencias entre los órganos del Estado, lleva a cabo el juicio político contra los servidores públicos, evalúa las cualificaciones para desempeñar los cargos públicos, vigila la regularidad de las elecciones, decide sobre las desuniones y fusiones de los partidos políticos, con la posibilidad de su prohibición. Sin embargo, no tiene –y esa es su debilidad– ningún poder sobre las decisiones y los actos del poder Ejecutivo¹⁰.

Al ejercer estas facultades y tareas, el “Servidor de la Constitución” –para así denominarlo de manera más adecuada y aceptable– puede requerir los documentos o las pruebas correspondientes de cualquier particular, o citarlo para dar testimonio acerca de los hechos, así como demandar toda una serie de actos pertenecientes al ámbito de sus facultades a su consideración, al juez de instrucción, a las instituciones gubernamentales y del Estado, a las empresas públicas o a las entidades del gobierno local. En adición a eso, el Tribunal Constitucional está investido de poderes para nombrar un equipo o una persona encargada

10 Como explican dos expertos angloamericanos, esta circunstancia peculiar se debe a la existencia en este país del sistema de justicia administrativa bien desarrollada. Baste con recordar la creación, en 1874, del Consejo de Estado, moldeado según el ejemplo francés. Cf. A. Harding, P. Leyland, *The Constitutional System of Thailand. A contextual Analysis*, Hart Publishing, Portland 2011, p.189 s.



del cumplimiento de estas obligaciones. Las excesivas atribuciones del Tribunal Constitucional en el ámbito fáctico se originan en la tónica anticorrupción de la Carta Magna¹¹.

El Tribunal Constitucional de Indonesia

La regulación sobre el Tribunal Constitucional se encuentra ubicada –inesperadamente– en el capítulo VIIIA de la Carta Magna, intitulado el Consejo Supremo de la Auditoría¹². El órgano referido se compone de nueve magistrados, nombrados por el Primer Mandatario. Su nominación se la debe a tres órganos, a saber: la Suprema Corte de Justicia, la Asamblea de Representantes Populares y el presidente de la República. Los aspirantes a magistrados deben distinguirse por su probidad y carácter honrado, un espíritu de estadista, buen conocimiento de la Carta Magna y de las instituciones públicas y su desvinculación con los cargos del Estado.

El órgano de marras tiene seis funciones básicas. Según la Carta Magna, puede enjuiciar de primera y de segunda instancia, así como decidir de manera definitiva acerca de las cuestiones de la consonancia de las leyes con la Constitución, resolver las controversias de competencias constitucionales entre las instituciones del Estado, disolver los partidos políticos, dirimir los litigios alrededor de los resultados electorales y pronunciarse respecto a las demandas de opinión de la Asamblea de Representantes Populares acerca de supuestas infracciones de la Carta Magna por el presidente y/o vicepresidente de la República.

Haciendo abstracción del bastante raro orden de enumeración de atribuciones de este servidor mayor de la Ley de Leyes, lo que llama la

11 El art. 68 de la Constitución del 24 de agosto de 2007 prohibió no solo el derrocamiento del régimen de gobierno democrático (como en la Ley Fundamental alemana de 1949) sino los hechos de ganarse el poder “por cualquier medio que no esté acorde con la modalidades previstas en esta Carta Magna”. Con la base de este artículo, cualquier persona puede exigir del Tribunal Constitucional que ordene, o mejor, frene tales acciones.

12 Esta depreciación del rango concierne no solo al Tribunal Constitucional, sino a todo el poder judicial. La Suprema Corte, con sus tribunales de menor instancia, así como las jurisdicciones religiosas, de arbitraje, militares y administrativos están regulados en el mismo artículo 24, dividido en cuatro subunidades.



atención es la actividad del Tribunal Constitucional en materia del examen de los asuntos en dos instancias, como si se tratara de la administración de justicia ordinaria. Sin aclarar la naturaleza y el tamaño (la extensión) de actividades del Servidor del Máximo Estatuto del Estado, no se puede opinar unívocamente sobre el valor y la importancia de esta institución, puesta en marcha tan solo en 2003.

El Consejo de Grandes Jueces en Taiwán

El así denominado Tribunal Constitucional de este país se compone de 15 magistrados, con los únicos mandatos de ocho años, escalonados individualmente, siguiendo el inicio de sus periodos correspondientes. Aunque los magistrados deberían ser personas sin antecedentes judiciales pero con experiencia en tribunales de alto nivel (integrantes de la Suprema Corte por lo menos diez años o de los tribunales internacionales) o especialistas en cuestiones jurídicas (profesores de disciplinas más importantes o autores de obras reconocidas en estos dominios), también pueden entrar en la institución las personas sin la preparación de abogado, como legisladores de al menos 9 años de destacada experiencia parlamentaria o los distinguidos investigadores en temas de derecho con experiencia política. En la práctica, la mayoría de Grandes Jueces (magistrados constitucionales) son profesores universitarios de derecho o los miembros de las altas cortes de diversa índole. Ellos son elegidos por el poder legislativo de los candidatos propuestos por el Primer Mandatario¹³.

El Consejo de Grandes Jueces taiwanés tiene dos radios de acción principales: la interpretación de la Carta Magna y el derecho de unificar las interpretaciones de leyes. La primera facultad engloba todos los métodos y recursos conocidos del derecho comparado. Los Grandes Jueces pueden hacer el examen abstracto y concreto de constitucionalidad, conocer los recursos directos de inconstitucionalidad presentados por particulares y las disputas de competencias entre los poderes legislativo y ejecutivo y entre

13 Lo que produjo y produce agudos conflictos entre el poder Legislativo y Ejecutivo en los tiempos de cohabitación. Cf. Jiunn-rong Yeh, *The Constitution of Taiwan. A Contextual Analysis*, Hart Publishing 2016, p. 162.



diferentes niveles de gobierno. Hasta los años noventa del siglo próximo pasado prevalecían las declaraciones del Consejo tendentes a la uniformización del entendimiento de leyes y de sus reglamentos gubernamentales. Solo en el umbral del siglo XXI los Grandes Jueces se abocaron a garantizar más la Carta Magna y el llamado constitucionalismo democrático.

No obstante, tanto en su jurisprudencia como en los métodos de interpretación constitucional, el Consejo de Grandes Jueces taiwanés conserva más bien una reticencia y hasta una cierta supeditación respecto a los demás poderes. Prefiere ceder, acomodarse con otros poderes, sin oponerse a estos o tratar de dominarlos. Esto se manifiesta en las decisiones por medio de las cuales el Consejo deja las disposiciones cuestionadas intactas, para su posible revisión ulterior por el legislador, evita las anulaciones del acto a secas¹⁴, recurre al principio de proporcionalidad, enriquecido con el cuarto grado de examen, al apreciar el objetivo de la medida puesta en tela en juicio, aduce el derecho internacional y/o extranjero; busca la unanimidad cuando resuelve las controversias.

En cuanto a la independencia financiera del Consejo de Grandes Jueces, conviene reconocer que lo asegura ya la Carta Magna. Según su art. 5, el presupuesto determinado cada año, autónomamente por el poder Judicial no puede ser descartado o reducido. Sin embargo, el poder Ejecutivo puede presentar sus opiniones sobre este cálculo de gastos, e incluirlas al proyecto de Presupuestos Generales del Estado, el cual será sometido al parlamento, para su discusión.

La Corte Constitucional de la República de Corea

El rasgo más distintivo de este Tribunal Constitucional es el de sus competencias y el modo de ejercerlas. La Corte solo tiene cinco atribuciones, se podría decir casi clásicas, como la ventilación de los recursos constitucionales individuales, la excepción de constitucionalidad, el juicio

14 A eso sirven las declaraciones de inconstitucionalidad sin la invalidación del acto defectuoso o con la advertencia de su futura cancelación en caso de su reconsideración, las constataciones de parcial o limitada inconstitucionalidad o constitucionalidad o sencillamente las sentencias prospectivas o de inconstitucionalidad con el límite de tiempo absoluto, cuyo rebaso llevará a su anulación definitiva. Cf. Jiunn-rong Yeh, obra citada, págs. 178-183.



político, la deslegalización de los partidos políticos, y la resolución de conflictos interorgánicos. Sin embargo, lo que hace descollar esta corporación es la ausencia de la facultad de apreciar de modo abstracto la constitucionalidad de las normas jurídicas, iniciada por diferentes órganos públicos (del Estado o de la autoadministración local). De esta manera, se puede decir –al valerse de la terminología del art. 185 núm. 1 de la vigente Carta Magna dominicana– que dentro de sus atribuciones no hay 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”.

Esta exclusión a propósito (oportuna) de las instituciones gubernamentales, quiere decir que el Tribunal Constitucional coreano está, preferente y principalmente, a la disposición de los ciudadanos y no de diferentes órganos y/o administraciones del poder público, tanto a nivel central como local. Por eso, la inmensa mayoría de los asuntos diligenciados por esta instancia se refieren a las quejas individuales. Si a esto agregamos que en la segunda posición se encuentran ubicadas las cuestiones prejudiciales de los marcos jurisdiccionales, vemos mejor destacada la mencionada característica del órgano en cuestión. No obstante, a eso no se restringe a eso la singularidad de esta corporación. El examen detallado de la organización y del procedimiento de estas y de otras competencias nos proporciona más datos sobre la posición del órgano en el Estado, así como su relación con los otros poderes.

El recurso de amparo ante la Corte Constitucional, a pesar de algunas limitaciones, es uno de los extensos en el mundo. Su principal objetivo es suministrar a la persona agraviada, en sus derechos fundamentales (básicos), un alivio directo. La infracción de sus libertades y/o derechos puede ser causada tanto por el ejercicio como por la omisión de los órganos del poder Ejecutivo y/o Legislativo, con excepción de las sentencias de los tribunales ordinarios. Un importante impedimento prohíbe presentar las quejas constitucionales si todos los otros medios y vías procesales no han sido previamente agotados. A pesar de la prohibición de entablar el amparo para comprobar la constitucionalidad de las normas objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (en la terminología española), el Tribunal Constitucional coreano puede demandar el ejercicio del poder estatal cuando este conculca los derechos fundamentales o confirma que el no cumplimiento de estos es inconstitucional.



La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier órgano judicial de la República, de oficio o a instancia de parte del litigio. Sin embargo, este instrumento, puesto a disposición de jueces de toda la República, se puede trasladar al Tribunal Constitucional únicamente a través de la Corte Suprema. En contraposición a esta limitación, el objeto de la apreciación constitucional abarca no solo las leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa, sino los decretos de emergencia del Primer Mandatario, los tratados y los principios internacionales universalmente aceptados. En cuanto a juicio político, conviene observar que este abarca altos funcionarios del Estado con el presidente de la República o los jueces, incluidos los magistrados de la Corte Constitucional, pero no incluye a los diputados. Sí se puede decir que esta atribución había sido usada una sola vez, pero los demás radios de acción son empleados bastante frecuentemente, sin hablar del recurso de amparo individual¹⁵.

El Tribunal Constitucional en África del Sur

De la misma manera que la Corte Constitucional coreana se lo califica también como la cuarta instancia del poder judicial. Cada cuestión ligada con la “interpretación, la salvaguardia o la realización” de la Carta Magna pertenece al Tribunal Constitucional sudafricano (TCS). El órgano predetermina de modo definitivo “si un asunto tiene la naturaleza constitucional o si esta se relaciona con la resolución en materia constitucional”. En casos cuando, detrás de ellos esta “el interés de la administración de justicia” y bajo la condición del permiso del TCS, cada uno (una persona física o jurídica), puede llevar causas, incluidos las medidas de apelación de las decisiones de otros tribunales, directamente a esta cuarta instancia. Los fallos que constatan una inconstitucionalidad de un acto normativo se transmiten de oficio al TCS.

Al abordar la cuestión de la posición institucional de la entidad de referencia, diré en primer lugar que esta se sitúa por encima del constituyente derivado, puesto que el TCS tiene la facultad de verificar la concordancia

15 El único caso había sido el frustrado intento de destituir el presidente de la República en 2005. La corte había desistido finalmente de su alojamiento del poder, al decir que sería desproporcional a su infracción. Cf. Y. J. Lee, *Law, Politics and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-Hyun from Comparative Constitutional Perspective*, American Journal of Comparative Law, 2005, no.403.



de una enmienda a la Ley de Leyes no solamente desde el punto de vista procedimental, sino que también de fondo. La entrada en vigor de las constituciones provinciales o sus revisiones están supeditadas a lo que se llama allá una certificación. A esta posición dominante del órgano de marras en el entramado institucional de la República sudafricana hay que añadir su atribución de fallar sobre el desistimiento al cumplimiento con los deberes constitucionales por el Primer Mandatario o el parlamento. Si a esto agregaremos su prerrogativa de resolver todas las controversias - no solo de competencia - “entre los órganos estatales tanto en el nivel nacional como provincial”, no se puede negar el lugar eminente del TCS en la estructura de poder del África del Sur.

La composición del TCS refleja su cierta independencia. Su primer elemento lo constituye la obligación de tomar en cuenta la estructura racial y de sexo de la población del país. Dentro de los once miembros, el Primer Mandatario debe siempre ser uno de cuatro magistrados los cuales, en el momento de su elección, ocuparon el puesto de juez. Todos los candidatos a los magistrados constitucionales son propuestos por la Comisión del Servicio Judicial (una especie del Consejo de la Magistratura). Al presidente y al vicepresidente del TCS les nombra el Primer Mandatario, después de recibir la opinión del órgano colegiado arriba mencionado y de los jefes de los partidos representados en el parlamento. A los demás nueve miembros del TCS les nombra también el jefe de Estado, consultando las candidaturas con el presidente del TCS y con los jefes de las fracciones parlamentarias.

Los magistrados constitucionales pueden desempeñar sus funciones una sola vez por doce años, hasta los 70 años de edad. A los magistrados se les puede reemplazar “en caso de vacancia o de ausencia” las personas indicadas por el ministro de Justicia, el cual les propone al entrar el acuerdo con el Presidente de TCS. La remoción del cargo del magistrado constitucional puede darse solo en consecuencia de la resolución tomada por la mayoría de dos tercios de sus colegas si antes la Comisión del Servicio Judicial comprobó que un magistrado es incapaz de ejercer su profesión, es crasamente incompetente o culpable de una falta grave¹⁶. El TCS -al

16 La mejor muestra de lo dificultoso de la revocación de los magistrados se puede comprobar en la circunstancia de que hasta la fecha no se produjo ningún caso de destitución.



interpretar la legislación y al desarrollar el derecho común (los precedentes), o el derecho consuetudinario— está obligado a fortalecer “el espíritu, la significación y los objetivos de la Declaración de los Derechos”.

La Corte Constitucional Suprema de Egipto

Como dice la Carta Magna del país, es un órgano judicial independiente, autónomo. A pesar de ser su sede la capital de la República de Egipto, este puede funcionar en cualquier lugar del territorio nacional. Dispone de su propio presupuesto. Sus diferentes partes las examina el parlamento. Después su ratificación, los medios financieros están incluidos en el presupuesto de Estado como una posición aparte.

La corte tiene tres radios de acción principales. Su función clásica consiste en resolver sobre la constitucionalidad de leyes y actos jurídicos del poder Ejecutivo. Su segunda —un poco atípica— se relaciona con la confección (dación) de las interpretaciones de las leyes. El tercer atributo —bastante extendido— se refiere a la resolución de las controversias ligadas con la actividad de sus miembros

Reparos finales

A

Del breve repaso de los tribunales constitucionales se puede hasta sacar las conclusiones sobre el tema de esta ponencia. En cuanto a los tribunales europeos seleccionados para esta investigación, su examen pone en tela de juicio algunos lugares comunes propalados sobre estos. La Corte Constitucional alemana no es tan omnímoda como se afirma a veces. Está ubicada dentro del poder Judicial, no tiene el privilegio de interpretar la Ley Fundamental en abstracto, además de ser sometida al derecho, es decir, no solo al orden constitucional, como los demás poderes del Estado. No tiene garantizada la autonomía presupuestaria y la elección de los magistrados es el resultado de las componendas políticas.

Paradójicamente, el Tribunal Constitucional ruso parece tener más poderes que el alemán. Sus miembros son elegidos por el tiempo ilimitado



—aunque no de manera vitalicia— tienen el derecho de interpretar el texto de la Ley de Leyes fuera del litigio, solo a pedido de uno de los órganos señalados. Si el órgano de referencia no está autorizado a ilegalizar los partidos políticos, sí puede derribar al primer mandatario a través del juicio político. En contraste con la regulación alemana, la Constitución rusa prevé algunos resguardos en el plano presupuestario. A pesar de su poderío, el Tribunal ruso sacó algunas conclusiones del primer momento de su historia, cuando entró en guerra abierta con otros componentes del esquema de poder del país.

Vale la pena recalcar algunas novedades en la posición institucional del Tribunal Constitucional húngaro. Está ubicado fuera del poder Judicial, aunque puede verificar los proyectos de leyes antes de su votación final. Además, el Primer Mandatario puede volver a mandar la verificación de la constitucionalidad del texto, a pesar de su previo examen en el sentido positivo. El rasgo más singular en lo que atañe a las atribuciones de esta corporación es su apreciación de las leyes financiera. Cuando la deuda pública supera la mitad del producto interno bruto, el examen de estas leyes puede ser realizado desde el ángulo de los cuatro principios constitucionales.

El Tribunal Constitucional polaco, en cambio, está metido en el conjunto de principios constitucionales de signos bastante opuestos. De un lado, se dice de este en el contexto del poder judicial que es distinto e independientemente de otros poderes, y de otro lado, se impone a estos mismos poderes el deber de mantener entre sí el equilibrio y la cooperación. Es difícil decretar la obligación de colaboración a los poderes, tal como desvincularlos de otros, como se advierte en el modo de elección del Tribunal Constitucional patrio. Los magistrados son elegidos según indicaciones de los partidos parlamentarios por la Cámara de Diputados, mientras que el presidente y vicepresidente de la corporación designa el Primer Mandatario de la lista de dos aspirantes a cada cargo, presentada por la Asamblea general de esta. Cabe subrayar que los magistrados constitucionales no pueden ser sometidos al juicio político y tienen aseguradas —a pesar de su formulación un poco borrosa— las condiciones de trabajo y de remuneración acorde con la dignidad de su cargo y el alcance de sus deberes.

B

Los tribunales fuera del ámbito territorial europeo muestran muchas novedades y hasta nuevos rumbos del desarrollo del sistema kelseniano.



Vamos a presentarlos en tres aspectos, a saber: desde la perspectiva de su composición, competencias y modo de acción. En cuanto al primer aspecto, debemos constatar una tendencia para recibir en su seno no solo los doctos en derecho, sino los expertos y/o los prácticos de la política nacional. Tal rasgo se ve, por ejemplo, en los tribunales de Tailandia, Taiwán y en cierta medida, en África del Sur. Solo el Tribunal Constitucional surcoreano no admite otras personas que no sean vinculadas con las ciencias del derecho o sea, solo los juristas. En este ámbito aparece también una propensión hacia cierta igualdad en el instante de su designación, pues no rige acá la obligación de seleccionar las personas que se distinguen en el manejo del derecho.

En cuanto al radio de acción de estas jurisdicciones, tenemos que registrar muchas novedades que sorprenden. El prestigioso Tribunal Constitucional coreano no tiene la competencia de apreciar de modo abstracto la constitucionalidad de normas infraconstitucionales, iniciada de manera clásica por una lista, a veces bastante larga, de diferentes órganos y/o instituciones del Estado. Esto quiere decir que en este país asiático, la justicia constitucional está principalmente a la disposición de los ciudadanos y no a la de los organismos estatales. Que más, el recurso de amparo individual tiene que proporcionar a la persona agraviada, perjudicada en sus derechos fundamentales, un alivio directo. En otras palabras, la protección de los individuos se asemeja a la administración de justicia ordinaria.

En este plano, se acerca muy fuertemente al Tribunal constitucional coreano su homólogo sudafricano. Su condición de la cuarta instancia está más acentuada por la facultad dada a cada uno de llevar a su consideración, aunque con su permiso, incluso las apelaciones de las decisiones de los órganos de la justicia común del país. El Tribunal bajo el análisis puede verificar las enmiendas constitucionales, lo que lo pone por encima del poder constituyente, tanto más que el examen de constitucionalidad puede ser de fondo. Esta posición central dentro del Estado le asegura a la institución de marras la atribución de controlar las omisiones del Primer Mandatario y del poder Legislativo. Si a esto agregamos que la resolución de conflictos interorgánicos no se limita a las controversias constitucionales, sino que engloba todas las posibles disputas entre las instituciones públicas, vemos mejor su centralidad en el sistema de poderes de este país africano.

Esto atañe al modo de funcionar de los órganos en cuestión. Debemos hacer hincapié sobre las reglas concernientes a la puntualidad y los plazos



para la toma de decisiones. Estas limitaciones del tiempo pueden referirse, como lo comprobamos en el caso de la justicia constitucional tailandesa hasta los procesos de designación y nombramiento de los magistrados, una de las características que falta mucho al modelo y a la práctica de los tribunales de esta índole en el continente europeo.

RELATORÍA DEL CONGRESO

**Magistrado Hermógenes Acosta de los Santos,
juez del Tribunal Constitucional de República Dominicana
y Coordinador de la Comisión Organizadora del III Congreso**



Magistrado Hermógenes Acosta de los Santos

Nacido en Jarabacoa. Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), con varios Magíster en Derecho Empresarial y Legislación Económica de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Recinto Santo Tomás de Aquino. En Derecho Privado Francés Europeo e Internacional, Universidad Pantheon-Assas, París II, Francia y Universidad APEC, República Dominicana. En Derecho Constitucional y Justicia Constitucional Hispanoamericana, Universidad Castilla la Mancha, España y Universidad Estatal de Costa Rica. En Derecho Administrativo del Estado, Universidad de Salamanca, España y la Fundación Global Democracia y Desarrollo, República Dominicana.

Profesor de: Derecho Constitucional, Escuela Nacional de la Judicatura; seminario “El Debido Proceso” en la maestría de Derecho Constitucional de UNIBE; “Procedimiento Civil” en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y la Universidad Iberoamérica. Juez Presidente, Segunda Sala, Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional. Coordinador de la Maestría de Procedimiento Civil de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Fundador y presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional.

Publicaciones: Autor del libro *El Control de la Constitucionalidad como Garantía de la Supremacía de la Constitución*, Universidad APEC, 2010. Coautor libros: *Apuntes sobre Derechos Fundamentales*, CARMJ, 2008. *El Amparo en la República Dominicana*, Escuela Nacional de la Judicatura, 2007. *La Constitución de la República Dominicana Comentada por los Jueces del Poder Judicial*. 2006. *Constitucionalización del Proceso Civil*, Escuela Nacional de la Judicatura, 2002.

Articulista en revistas nacionales y extranjeras como: Gaceta Judicial, IBERIUS, Reforma Judicial, Iberoamericana Derecho Procesal Constitucional.

Actualmente es Juez Miembro del Tribunal Constitucional de la Rep. Dom.

MIÉRCOLES 12 DE OCTUBRE 2016

El Tercer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, celebrado por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, tuvo como tema central “El carácter vinculante del precedente constitucional”. El mismo inició con una conferencia titulada “Los precedentes y creación judicial”, a cargo del destacado procesalista y jurista peruano Domingo García Belaunde. A seguidas, se desarrollaron las conferencias y paneles que se describen a continuación:

En la conferencia inaugural, el Dr. Domingo García Belaunde hizo algunas precisiones sobre el concepto del precedente, destacando que el mismo está íntimamente vinculado con la labor creativa de los jueces.

Sobre el origen del precedente, destacó que se trata de una figura que viene de la familia jurídica del *common law* y no de la romano-germánica, que es la seguida por la mayoría de los países del continente americano.

El *common law* se originó en Inglaterra, a finales del siglo XII, fecha en que comienza a establecerse un sistema o estructura judicial que conduce a la uniformidad de las normas y su consecuente aplicación. Esta se basa, principalmente, en las costumbres y usos de los pobladores que antes habían estado sometidos a diferentes pueblos. Se trata, según el conferencista, de un derecho práctico, no teórico, que surge con la idea de que sea el derecho común de la isla, y por eso su nombre de *common law*. Este no consiste en leyes sino en casos que se van acumulando; es decir, este sistema es hecho por los jueces. Fue de esta forma, destaca el conferencista, que surgió la teoría del *stare decisis*, o sea, atenerse a lo resuelto, que en terminología cotidiana es lo que constituye el precedente.

Señaló que la teoría de *stare decisis* inglés fue adoptada, con variaciones, en Estados Unidos, a partir de la independencia (finales del siglo XVIII). Según esta teoría, los tribunales tienen la obligación de resolver los casos en la forma que lo hacen las Cortes Supremas de los Estados y la Corte Suprema Federal con sede en Washington D.C.; aunque es solo esta última la que, en la realidad, establece precedentes de alcance general.



Después de haber hecho las precisiones conceptuales y generales que anteceden, el conferencista abordó las peculiaridades del precedente en los sistemas jurídicos de Argentina, Colombia, México, Brasil y Perú.

Del sistema argentino destacó que se sigue la escuela norteamericana desde el siglo XIX. Sin embargo, aclaró que en ese país, el precedente como tal no existe sino que hay casos que se conocen, se siguen, se observan y crean una corriente de opinión favorable en el resto del ordenamiento. Respecto del sistema colombiano, indicó que la figura del precedente no está consagrada expresamente en la dogmática, pero que a partir de 1991 se viene abriendo paso a través de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional.

En relación al sistema mexicano, sostuvo que este sigue, al igual que el argentino, la escuela norteamericana, pero con ciertos matices. Así, lo característico de este es la obligatoriedad de la jurisprudencia resuelta en procesos de amparo. Además, enfatizó que en ese país solo constituyen precedentes aquellas decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia que cumplen con las condiciones siguientes: a. una votación favorable de, al menos, ocho (8) de los once (11) jueces que integran dicho tribunal y b. una reiteración del criterio, ininterrumpidamente, en cinco (5) sentencias.

En referencia al sistema brasileño, abordó la figura de las *súmulas*, la cual existe desde 1964 y consiste en un párrafo de pocas líneas, que establece una determinada directriz, de carácter genérico, en algunas materias. Lo peculiar de esta figura es que nace de un caso concreto y de él se extraen directrices o lineamientos teórico-doctrinarios. En definitiva, afirmó que, en sus orígenes, la *súmula* no era un verdadero precedente sino una simple guía u orientación que se establecía en una sentencia del Supremo Tribunal Federal para los usuarios del servicio de justicia y para los jueces, sin carácter obligatorio; pero que desde 2004 se le reconoce el carácter vinculante, como consecuencia de la enmienda constitucional núm. 045, aprobada en el indicado año. Su carácter vinculante está condicionado a que la decisión sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros del referido tribunal.

Del sistema peruano aseveró que, al igual que en el resto de América Latina, se ha seguido siempre la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero no en forma compulsiva sino persuasiva. Destacó que, en 1982, una ley peruana estableció, por primera vez, una versión clásica del precedente o, más bien, una modalidad de jurisprudencia obligatoria. En dicha ley se



consagró que cuando los jueces variaran un precedente debían explicar las razones de hecho y derecho justificativas de dicho cambio. Para el conferencista, la anterior reforma acercó el sistema peruano a la tradición norteamericana en materia de precedente y allanó el camino del desarrollo que hoy se exhibe.

En otro orden, destacó que el actual Código Procesal Constitucional peruano hace referencia a la autoridad de la cosa juzgada de las decisiones del Tribunal Constitucional. En igual sentido, destacó que las decisiones de este tribunal tienen carácter vinculante.

Para finalizar, trató el tema de la creación en el derecho, destacando, por una parte, que, en sus orígenes, los dos sistemas o familias vigentes en Occidente eran creadoras. Por otra parte, resaltó que la potestad creadora de los jueces es un tema pacífico en el *common law*, no así en el mundo romanista, lo cual obedece al hecho de que, en el primer sistema, el eje central es el juez, y en el segundo, la ley.

Conferencia I – Fundamentos filosóficos y estructura del precedente

Esta conferencia estuvo a cargo del magistrado Ernesto Jinesta Lobo, presidente de la Sala Constitucional de Costa Rica, quien presentó su ponencia a modo de reflexión, destacando los aspectos más relevantes sobre el tema. Consideró que actualmente, el precedente no constituye un tema controversial, es decir, que se admite que un criterio establecido en un caso concreto tiene eficacia vinculante para todos los operadores jurídicos (ciudadanos, administrados y poderes públicos).

El referido conferencista señaló, apoyándose en el método comparativo de interpretación planteado por Peter Haberle, que existen varios países en los cuales el precedente aparece consagrado de manera expresa. En este sentido, hizo referencia a Alemania, Costa Rica, Colombia, República Dominicana, entre otros.

En torno a la facultad creadora de derecho por parte del juez, señaló que se trata de un tema no pacífico y, por otra parte, defendió el derecho de los jueces a crear derecho, en ocasión de la solución de un conflicto. Sin embargo, destacó que dicha facultad tiene limitaciones, tales como: el principio democrático, el núcleo esencial de los derechos fundamentales,



las cláusulas pétreas o de eternidad, la interdicción de arbitrariedad y las reglas elementales de la justicia.

Otro aspecto relevante abordado por el magistrado Jinesta Lobo concierne a la competencia que se ha atribuido la Sala Constitucional de Costa Rica para modificar textos de la Constitución. En este sentido, hizo referencia a una sentencia interpretativa aditiva dictada respecto del artículo 14.5 de la Constitución costarricense. Según este texto, la mujer extranjera, casada durante dos años con un costarricense, podía naturalizarse, mientras que, en el caso del hombre extranjero, casado con un costarricense, no se le concedía el mismo beneficio. En virtud de lo anterior, la Sala Constitucional ejerció, fundamentada en el principio de igualdad y no discriminación derivado de la Convención Americana, un control de convencionalidad y equiparó dicho beneficio al hombre extranjero casado con una costarricense.

Panel I – Autonomía procesal del Tribunal Constitucional

Este panel estuvo integrado por la magistrada Miguelina Ureña, jueza de la Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional; el Lic. Alberto Fiallo, profesor universitario, y el Lic. Juan Fernando Durán, exletrado del Tribunal Constitucional de España y catedrático de la universidad de Valladolid.

La magistrada Miguelina Ureña hizo un análisis de la autonomía procesal desde dos perspectivas: la del derecho procesal constitucional y la relativa a la libertad procesal de la jurisdicción constitucional. Con respecto a lo primero, la panelista señaló que esta es una rama específica, que estudia la actividad procesal pertinente a la defensa de la Constitución. Esta se comprende como un modelo procedimental, que sirve para la tutela efectiva de un determinado derecho fundamental conculcado, la cual se enmarca en una justicia especializada y autónoma que puede interpretar y aplicar de manera soberana las normas procesales.

En cuanto a la libertad procesal de la jurisdicción constitucional, la expositora señaló que existen posibles deficiencias y omisiones legislativas que requieren ser suplidas por medio jurisprudencial para una mejor resolución de los casos. Sobre este particular, señaló un conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional en las cuales se desarrollaron cuestiones pro-



cesales no previstas por el legislador, como es, por ejemplo, la regulación detallada de la admisibilidad de las acciones directas en inconstitucionalidad (sentencia TC/0095/12, de fecha 21 de diciembre). En todo caso, indicó que esta no es una libertad ilimitada sino que está guiada por la Constitución nacional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los procedimientos constitucionales.

Por su parte, el Lic. Alberto Fiallo inició su exposición indicando que el Tribunal Constitucional, en ocasiones, tiene la necesidad de resolver casos sin contar con las herramientas procesales y procedimentales apropiadas. De ahí que considera importante la figura de la autonomía procesal, la cual consiste en la potestad del referido tribunal, de crear figuras procesales y procedimentales no previstas expresamente. Esta figura se divide, a criterio del panelista, en absoluta y relativa, según se cree completamente una figura o se readece una existente, respectivamente.

En otro orden, el expositor sostiene que la autonomía procesal se encuentra comprendida en el texto constitucional en virtud del mandato de la defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, así como en virtud del texto legal, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, que determina la capacidad de interpretación del Tribunal Constitucional.

Respecto de sus límites, hizo referencia al principio de división de los poderes y al de la seguridad jurídica, así como a la prohibición de la arbitrariedad y el respeto a los ámbitos competenciales. Finalmente, se refirió a la implementación del principio de autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional dominicano y, en este sentido, mencionó las sentencias siguientes: TC/0007/12, de fecha 22 de marzo, TC/0038/12, de fecha 13 de septiembre, y TC/0039/12, de fecha 13 de septiembre.

Por último, el Lic. Juan Fernando Durán, quien tituló su intervención “¿Extralimitación o delimitación de su autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional?”, enfocó su participación en los límites que tiene el referido tribunal en la regulación de cuestiones procesales. De esta manera, señaló que esta capacidad de autorregular sus procesos está limitada por la función del legislador de desarrollar las normas sobre la jurisdicción constitucional. En todo caso, este órgano constitucional cuenta, según el panelista, con autonomía normativa sobre su propio funcionamiento y organización, lo que le da cierto margen para poder dictar normas sobre estos aspectos.



Por su parte, la autonomía procesal se combina con la citada autonomía normativa y con la autonomía presupuestaria, para asegurar la independencia del Tribunal Constitucional. Esta autonomía procesal se ha manifestado, sobre todo, en cuestiones relativas a la admisibilidad de la acción o recurso interpuesto; refiriéndose a aspectos de plazos, lugar de interposición y objetivación. Sobre estos particulares, había cierto vacío legislativo que fue suplido jurisprudencialmente.

Conferencia II – Motivación de la sentencia y fuerza vinculante del precedente: implicaciones

Esta conferencia estuvo a cargo de la magistrada Leyda Margarita Piña Medrano, jueza primera sustituta del presidente del Tribunal Constitucional dominicano. La referida magistrada señaló que uno de los aspectos más distintivos y relevantes de la democracia moderna es el redimensionamiento del rol del juez que produce un impacto sobre la sentencia como producto intelectual final de la función de juzgar.

Para la conferencista, motivar significa respaldar lo decidido en una argumentación jurídica coherente. En este orden, definió la motivación como la justificación argumentativa que el tribunal presenta en su sentencia, respecto de un caso concreto. En tal sentido, refirió que, para cumplir con el deber de motivación, el juez constitucional debe hacer uso de la interpretación jurídica, actividad intelectual que consideró esencial para la administración de justicia.

En igual sentido, expresó que el ejercicio de la argumentación y motivación de las sentencias por parte de los tribunales constitucionales constituye un elemento legitimador. Por otra parte, sostuvo, parafraseando a Michelle Taruffo, que la obligación impuesta a los jueces de motivar la sentencia se constituye en un elemento de control de racionalidad de la administración de justicia y de la legitimación democrática del juez.

La responsabilidad democrática que se fomenta desde los tribunales constitucionales, desde su perspectiva, consiste en la comprensión de sus límites competenciales, procesales e interpretativos. Esto se debe a que estos tribunales tienen el deber de respetar el núcleo competencial de otros poderes del Estado; además, en cuanto a lo procesal, están



sometidos a la Constitución, al bloque de constitucionalidad y a sus leyes orgánicas.

Igualmente, refirió que la jurisdicción constitucional encuentra límites interpretativos en el techo ideológico de la Constitución, el cual comprende la ideología jurídico política esbozada por el constituyente. Lo anterior supone una efectiva garantía democrática, en la medida que de esta forma, los tribunales constitucionales actúan como fieles guardianes de la Constitución y no como amos de esta.

La motivación de la sentencia constitucional involucra, a su parecer, la existencia de dos elementos fundamentales: un juicio lógico jurídico y una apreciación axiológica por parte del juez, quien debe interpretar la ley de acuerdo a su ciencia y su conciencia. En torno al caso particular del juez constitucional, indicó que tiene la obligación de motivar su sentencia, argumentando desde una doble perspectiva. En primer lugar, debe desarrollar los argumentos jurídicos que permitan dar una solución adecuada al caso, y en segundo lugar, debe ponderar las consecuencias que el fallo tendrá para el conjunto de la sociedad, ya que una parte de su motivación (la *ratio decidendi* o razón fundamental bajo la cual se decidió el caso) es susceptible de irradiar efectos generales y vinculantes sobre toda la comunidad, hacia el futuro.

En igual sentido, explicó que, si bien la arquitectura de la sentencia constitucional no difiere estructuralmente de la que caracteriza a la sentencia judicial ordinaria, se diferencia en determinados puntos clave. Así, estas divergencias se aprecian en la naturaleza de la materia a juzgar, el alcance y vinculatoriedad de la razón jurídica principal bajo la cual se resolvió el caso, y los efectos de su fallo.

Finalizó su conferencia con una reflexión en torno a las consecuencias de las sentencias constitucionales, y destacó que la justicia constitucional, a diferencia de la justicia ordinaria, no solo impacta la vida particular de los ciudadanos en lo relativo al litigio planteado ante el juez. Por el contrario, esta irradia efectos que alcanzan la vida política, social y económica, engendrando grandes transformaciones colectivas y sembrando los hitos del desarrollo social de los pueblos.



Panel II – Determinación de los aspectos vinculantes de la sentencia

Este panel estuvo compuesto por la magistrada Katia Miguelina Jiménez Martínez, jueza del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; el Lic. Marvin Carvajal, Director Jurídico de la Presidencia de la República de Costa Rica, y la magistrada Gloria Porras, jueza de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

El Lic. Marvin Carvajal, quien tituló su intervención “Estructura de la sentencia y efecto vinculante: el caso costarricense”, enfocó su participación en la determinación de los alcances de las sentencias constitucionales. Para iniciar, indicó que la función jurisdiccional tiene una de amplia relevancia en el actual Estado de Derecho, demostrando que esta se ejerce a través de las decisiones judiciales, por medio de las cuales se aplican a un caso concreto las normas generales.

En torno al carácter vinculante de la sentencia, destacó que el sistema costarricense solo cuenta con esta característica la que se dicta en un proceso constitucional. En otro orden, destacó que se considera precedente vinculante lo contenido en las partes decisoria y considerativa, según el criterio de la Sala Constitucional de Costa Rica, pero que, para la doctrina, lo verdaderamente vinculante de la parte considerativa se encuentra en la *ratio decidendi*.

Por su parte, la magistrada Gloria Porras, jueza de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, explicó cómo funciona la vinculatoriedad de las sentencias constitucionales en el sistema jurídico guatemalteco. Sobre este particular, señaló que los efectos de estas decisiones no solo alcanzan a las partes en proceso sino que se extienden por fuera de este, llegando a afectar a los órganos estatales y el resto de la sociedad. Esta fuerza vinculante, en todo caso, recae sobre la parte motivadora del fallo constitucional, es decir, la *ratio decidendi*.

En igual sentido, la panelista expresó que la jurisprudencia vincula a todos los tribunales, incluyendo a la propia Corte de Constitucionalidad. Aunque destacó que es posible realizar cambios de criterios jurisprudenciales, siempre que estos estén debidamente justificados. Para culminar, la magistrada Porras presentó una serie de casos en los cuales la Corte de Constitucionalidad varió algunos criterios jurisprudenciales.



JUEVES 13 DE OCTUBRE 2016

Conferencia III – Normas de ejecución de los sistemas constitucionales: la experiencia española

Esta conferencia estuvo a cargo del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, juez del Tribunal Constitucional de España, quien inició su ponencia refiriéndose a la base normativa de las facultades del tribunal o de la corte constitucional para ejecutar su sentencia. El indicado magistrado señaló que a pesar de que en la Constitución española no se regula lo relativo a la ejecución de la sentencia de manera expresa, existe una previsión al respecto en la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual se aplica de manera supletoria a la materia constitucional.

Sostuvo que en la forma que está redactado el artículo 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ofrece puntos importantes para reflexionar acerca de los problemas de ejecución de las sentencias de los tribunales. Indicó que, según el referido texto, el Tribunal Constitucional tiene competencia para darle seguimiento al cumplimiento efectivo de la decisión, determinar las medidas de ejecución y quién ejecuta su sentencia. Igualmente, señaló que ese tribunal está facultado para resolver las dificultades de ejecución, pudiendo, en el ejercicio de esta competencia, declarar la nulidad de aquellas resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción.

El conferencista precisó que el aspecto más importante que esta ley prevé es el relativo a los mecanismos de que dispone el tribunal para garantizar la ejecución de la sentencia. Tales mecanismos son multas coercitivas, suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos que incumplan, la ejecución sustitutiva que consiste en acudir a un funcionario distinto al que originalmente debía garantizar la ejecución y no lo hizo, así como requerir la colaboración del gobierno de la nación.

El magistrado Xiol Ríos hizo referencia a aquellos casos en que la ejecución de una sentencia resulta imposible en lo físico o en lo jurídico. Al respecto, el conferencista indicó que corresponde al Tribunal Constitucional determinar el modo más adecuado para materializar la ejecución o, en su defecto, establecer una indemnización, la cual se determina siguiendo los parámetros previstos en la ley de la jurisdicción contenciosa administrativo.



Finalmente, sostuvo que en España las sentencias son ejecutadas, en sentido general, sin mayores dificultades, particularmente en lo que concierne a lo establecido en el dispositivo. Sin embargo, señaló que la situación es distinta cuando de lo que se trata es del acatamiento de la doctrina jurídica desarrollada en la decisión.

Conferencia IV – La vinculación al propio precedente

Esta conferencia estuvo a cargo de la profesora Marina Gascón Abellán, quien inició su disertación indicando que la caracterización más apropiada de la regla del autoprecedente es la traslación del principio kantiano de universalidad al discurso jurídico de los jueces y tribunales. La regla de la obligatoriedad del autoprecedente expresa la exigencia de que exista una única solución correcta para los mismos supuestos. La indicada jurista destacó, en consecuencia, que el autoprecedente no se fundamenta en la seguridad jurídica ni en el principio de igualdad, como ocurre con el precedente vertical.

La universalidad es un principio fundamental de la razón práctica kantiana, en virtud del cual debemos actuar conforme a un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal. En el plano jurídico, este principio exige que los jueces o tribunales adopten, cuando deban resolver una controversia, aquella decisión que, por considerarla correcta, estén dispuestos a suscribir en casos sustancialmente idénticos.

La conferencista explicó que la exigencia de la universalidad se hace evidente cuando no se dispone de reglas que indiquen de modo concluyente cómo ha de actuarse en un caso concreto. En los supuestos donde la discrecionalidad es irreductible y el juez debe elegir entre distintas opciones, el principio de la universalidad kantiana viene a representar casi la última garantía de racionalidad.

Otro aspecto relevante –a juicio de la profesora Gascón– es la “juridificación de la regla del autoprecedente”, esto es, hacer de la regla de la argumentación racional una exigencia de legalidad o de constitucionalidad. Con respecto a este particular, para la conferencista, existen dos cuestiones problemáticas relativas a la aplicación del autoprecedente: el cambio en la composición de los tribunales constitucionales y la existencia de varias salas en un mismo tribunal.



En relación a la primera cuestión, consideró que en principio no se justifica el abandono del autoprecedente, toda vez que, si el criterio de racionalidad elaborado en un caso determinado es correcto, lo razonable es que los nuevos magistrados lo mantengan. En lo concerniente a la segunda cuestión, aseguró que lo conveniente es que existan mecanismos de unificación de criterios jurisprudenciales, en el entendimiento de que las diferentes salas de un tribunal forman un conjunto y no son entidades totalmente independientes.

En otro orden, destacó que el autoprecedente no siempre puede ser respetado por los tribunales inferiores, porque estos deben seguir los criterios o la doctrina desarrollada por los tribunales superiores. Sin embargo, estos últimos están atados a su propio precedente, el cual debe respetar de manera inexorable, salvo que en un nuevo caso se presenten circunstancias que justifiquen el abandono del propio precedente, como sucede con la identificación de un error de interpretación, un cambio del contexto en el cual se estableció el precedente o un cambio de los valores o de los principios que imperan en la sociedad en un momento determinado.

Respecto de la interpretación errónea, la conferencista fue enfática en el sentido de que bajo ninguna circunstancia un tribunal debe dejar constancia de un error de interpretación y resistirse al cambio por razones de prudencia.

Conferencia V – La fuerza vinculante de las sentencias de revisión de amparo y de las sentencias jurisdiccionales

Esta conferencia estuvo a cargo de profesor Cristóbal Rodríguez Gómez, quien indicó que las sentencias del tribunal constitucional constituyen precedentes vinculantes para todo el ordenamiento jurídico nacional. Precisó, en primer lugar, que el precedente es una derivación del derecho común, puesto que existía el mismo método y procedimiento de aplicar a los casos actuales los criterios desarrollados en casos pasados. Así, indicó que el *common law* es la representación de esa forma de solución de controversias que deriva de la expresión *stare decisis*.

Al referirse a los orígenes del precedente en la República Dominicana y sus repercusiones, sostuvo que en 2003 la Suprema Corte de Justicia



dominicana emitió la resolución núm. 1920-2003, mediante la cual se dispuso la entrada en vigencia anticipada de los 28 principios que integran la primera parte del Código Procesal Penal, que debía comenzar a regir a partir del 27 de septiembre de 2004.

En esta resolución se estableció que el sistema constitucional está integrado por la Constitución vigente, el derecho internacional, las interpretaciones de los tribunales supranacionales; así como por la jurisprudencia que en materia de control de constitucionalidad estableciera la Suprema Corte de Justicia.

Lo anterior constituyó el antecedente del actual artículo 184 de la Constitución dominicana. En este orden, resaltó que el texto del referido artículo, que dispone la vinculatoriedad de los precedentes del Tribunal Constitucional, es la más trascendente de todas las disposiciones que se refieren a la administración de justicia de nuestro país.

Así, indicó que el establecimiento del referido criterio es especialmente relevante en el sistema nacional, puesto que en nuestra tradición jurídica se concebía a las sentencias de los tribunales como fuente del derecho tangencial y secundaria, sin fuerza general obligatoria sino relativa al caso. La instauración del indicado artículo 184 implicó la modificación del sistema de fuentes y de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico dominicano, ya que la jurisprudencia pasó a formar parte del sistema de fuentes directas

Panel III – El carácter vinculante de la sentencia constitucional e independencia judicial

Este panel estuvo integrado por el magistrado Hernán Antonio de León Batista, juez de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá; el magistrado Bernabel Moricete, juez presidente de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes de La Vega, y el profesor Pedro Balbuena, expresidente de la Corte de Apelación de la Cámara Civil y Comercial de Puerto Plata y abogado en ejercicio.

El magistrado Hernán Antonio de León Batista se refirió al impacto de las decisiones de los tribunales constitucionales, en su condición de intérpretes constitucionales. Atendiendo a esta situación, los precedentes constitucionales deben ser respetados por todas las



instituciones públicas, particularmente cuando se refieren a los derechos fundamentales.

El panelista expuso que el Tribunal Constitucional ejerce una labor de interpretación constitucional, pasando a ser los criterios y razonamientos jurídicos centrales de la sentencia constitucional un instrumento de derecho con fuerza vinculante. En este proceso, cuando se reconozcan derechos fundamentales, no existe posibilidad de regresión puesto que el tribunal debe ejercer autocontrol para evitar la pérdida de esta conquista.

Por su parte, el magistrado Bernabel Moricete se refirió a la forma en que la jurisdicción constitucional se relaciona con los demás poderes, especialmente con el poder Judicial. Sobre este último, indicó que existe una posibilidad de choque de trenes entre el máximo intérprete de la Constitución y el máximo intérprete del sistema tema de justicia tradicional, lo cual no debe existir en nuestras democracias funcionales. Por ende, no debe haber conflicto sin que esto impida que los jueces tengan una independencia en sus acciones que garantice el Estado de derecho y la buena administración de justicia.

A pesar de la referida independencia, indicó el panelista, los jueces del poder Judicial deben respetar los precedentes constitucionales vinculantes, el cual existe en nuestro país incluso desde que la Suprema Corte de Justicia era la competente para conocer del control concentrado de constitucionalidad. Ahora bien, estos precedentes deben provenir de un proceso responsable y autoevaluado por parte de los jueces constitucionales. En igual sentido, estos sirven como árbitro en el equilibrio de los poderes públicos, lo que sucede en el caso del poder Judicial con el diálogo jurisprudencial entre sus decisiones y las del Tribunal Constitucional.

Conferencia VI – El cambio de precedente: condiciones e implicaciones

Esta conferencia estuvo a cargo del magistrado Eloy Espinosa-Saldaña, juez del Tribunal Constitucional de Perú, quien sostuvo que el cambio de precedente no es un inconveniente sino que lo que constituye un problema es la comprensión por parte del juez de sus limitaciones para efectuar esta modificación. Es necesario, según el magistrado Espinosa-Saldaña, establecer las pautas que deben seguirse para el cambio de precedente,



dada las implicaciones que tiene en un estado democrático.

Entre las razones que justifican el cambio de precedente señaló las siguientes: cuando el precedente se torna injusto o cuando el mismo se sustenta en una interpretación jurídica que se considera incorrecta. Al enunciar las referidas justificaciones del cambio de precedente, el conferencista mostró preocupación por el carácter genérico de las mismas.

En torno a la obligación que recae sobre el tribunal que cambia un precedente, hizo referencia a que la condición *sine qua non* consiste en que debe estar sustentado en una motivación agravada y más rigurosa que la que se requieren para sustentar una sentencia en la cual no se cambia un precedente. En este punto, el conferencista manifestó la misma preocupación anterior, en el sentido de que la comprensión de la expresión motivación rigurosa y agravada no deja de ser problemática.

Finalmente, y a modo de conclusión, el conferencista abogó para que se establezcan pautas objetivas para la realización del cambio de precedente, de manera que no se deje abierta la posibilidad de que este se lleve a cabo o realice sin caer en la arbitrariedad.

Panel IV – Efecto futuro del cambio del precedente

Este panel estuvo integrado por Rogelio Flores, director del Instituto de Estudios de Derecho Constitucional de Querétaro, México; el profesor Nassef Perdomo, y el magistrado Rafael Díaz Filpo, juez del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

El profesor Nassef Perdomo, quien tituló su intervención “El efecto en el tiempo del cambio de precedente, problemática formal y sustancial”, explicó que uno de los medios más utilizados para garantizar la supremacía de la Constitución es el reconocimiento de los jueces como intérpretes del contenido y significado de la Constitución. A estos fines, se han designado tradicionalmente dos tipos de control de constitucionalidad, los cuales son el concentrado y el difuso. En todo caso, el pronunciamiento sobre el significado constitucional no solo proviene del control directo de constitucionalidad sino que también puede ocurrir en ocasión de otros procesos constitucionales como el amparo.

El sistema nacional de justicia constitucional fue influenciado, a juicio del panelista, por el sistema estadounidense, particularmente en lo que



concierno al control difuso de constitucionalidad; mientras que respecto del control directo se siguen los criterios kelsenianos. Sobre los efectos de estos controles, sostuvo que las sentencias dictadas en virtud del control difuso tienen efecto retroactivo. Por su parte, las sentencias dictadas en virtud del control concentrado solo aplican para el porvenir, salvo marcadas excepciones.

El magistrado Rafael Díaz Filpo enfocó su exposición en el cambio del precedente, señalando que el Tribunal Constitucional tiene las funciones de resolver las cuestiones de su competencia y servir como un tribunal de precedentes que establece la política constitucional del Estado y sus órganos. Las sentencias de este tribunal sirven como medio de garantía de la Constitución en la medida de que, sin estas, la Carta Magna estaría desprotegida. Incluso, el caso dominicano, se considera que la jurisdicción constitucional tiene una función de legislador negativo y positivo.

En todo caso, el magistrado Díaz Filpo señaló que las decisiones de los tribunales deben ser consistentes. En caso de operar algún cambio, este tiene que motivarse razonadamente para que el mismo quede justificado.

Conferencia VII – Carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos respecto de los tribunales nacionales

Esta conferencia estuvo a cargo de Diego López Garrido, catedrático español, quien orientó su ponencia en la dirección de definir la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En igual sentido, se concentró en explicar el nivel de influencia que tienen estas decisiones en la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

En este orden, hizo puntualizaciones en relación al Consejo de Europa, el cual fue creado con la firma de su Estatuto, el día 5 de mayo de 1949, como una respuesta a los desastres acaecidos en Europa durante la primera mitad del siglo XX y, particularmente, durante la Segunda Guerra Mundial. A seguidas, el conferencista expuso algunas consideraciones sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, destacando que la importancia del Convenio consistió en la creación de un sistema de protección jurisdiccional supranacional de los derechos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este es un órgano plenamente jurisdiccional, pero



subsidiario en la medida que solo se puede acceder a él una vez se hayan agotado, sin éxito, los recursos previstos en las legislaciones de los Estados miembros de la comunidad.

En relación a la naturaleza jurídica de las sentencias de este órgano jurisdiccional y su carácter vinculante, el conferencista destacó que las sentencias del indicado tribunal presentan una naturaleza esencialmente declarativa, por cuanto no pueden, por sí mismas, anular o modificar una disposición interna de los Estados. Sin embargo, sus decisiones producen el efecto de “cosa interpretada”, por cuanto todos los Estados están obligados a asumir dicha interpretación, aunque no hayan sido parte en el caso en cuestión.

En este sentido, el conferencista sostuvo que, en el caso español, la inejecución de una sentencia del Tribunal Europeo puede ser sancionada vía la acción de amparo constitucional que conoce el Tribunal Constitucional. Destacó, sin embargo, que no existe un mecanismo que permita garantizar la ejecución de una sentencia del Tribunal Europeo en la cual se establezca que lo decidido por el Tribunal Constitucional español viola derechos fundamentales.

VIERNES 14 DE OCTUBRE

Conferencia VIII – El precedente constitucional en Colombia

Esta conferencia estuvo a cargo de Hernán Olano García, profesor colombiano, quien planteó que en Colombia hay un dualismo judicial en relación al precedente que ha dado lugar a lo que se conoce como “choque de trenes”, en el sentido de que existen dos tipos de precedentes: los del ámbito constitucional y los del contencioso administrativo. En este orden, indicó que uno de los propósitos de la ponencia era establecer si el precedente en materia contenciosa administrativa es autónomo, a raíz de las nuevas disposiciones o si, por el contrario, este sigue estando supeditado al precedente constitucional.

El referido conferencista señaló que, a pesar de que en su país hubo mucha crítica respecto de la introducción de la figura del precedente, la Corte Constitucional dispuso que la interpretación y, por tanto, la jurisprudencia era parte de la expresión “imperio de la ley”, lo cual impulsó



un orden jurídico promotor de una nueva fuente de derecho. Destacó, igualmente, que en el período comprendido entre 1995 y 2001 la Corte Constitucional estableció que las personas tienen el derecho fundamental a que sus casos fueran resueltos de manera normativamente coherente con decisiones anteriores que resolvieran los mismos temas.

En igual sentido, señaló que luego de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional prevalecen dos tesis: una escéptica y la otra optimista. La primera se fundamenta en una interpretación histórica y literal del artículo 230 de la Constitución, texto en el cual se consagra que la única fuente del derecho es la ley. En esta virtud, el juez se encuentra sometido solo a la ley y que, en consecuencia, no existe en el ordenamiento una disposición que someta al juez a la jurisprudencia de las altas cortes.

La segunda tesis se sustenta en tres argumentos: 1) la imposibilidad de crear una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia; 2) la atribución del carácter de precedente a las sentencias es imprescindible para garantizar la coherencia y estabilidad del sistema jurídico, así como el respeto del principio de igualdad; 3) la posibilidad de desvirtuar la interpretación del artículo 230 de la Constitución en la que se sustenta la tesis escéptica, ya que la fuerza vinculante de la jurisprudencia implica que el juez se encuentra sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados y no a las opiniones o intereses de los demás jueces.

Luego de referirse a las indicadas tesis, el conferencista afirmó que, a pesar de la existencia de las mismas, el precedente tiene en Colombia un valor casi incontrovertible, lo cual impide a los jueces inferiores decidir de manera distinta a como lo hacen las altas cortes. Esta realidad se debe al papel jugado por la Corte Constitucional.

Posteriormente, el conferencista hizo referencia a algunos casos en los cuales la Corte Constitucional de Colombia ha controlado el valor y respeto del precedente constitucional frente a otros órganos. Por ejemplo, la referida corte ordenó la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 112 de la Ley núm. 104 de 1993, por considerarlo contrario al precedente establecido por ella; igualmente, mencionó el caso en el cual la Corte expresó que el Congreso de la República tiene facultad de reformar la Constitución, pero no puede sustituirla.

En lo que concierne a la materia contenciosa administrativo, el conferencista sostuvo que el valor del precedente se estableció mediante el



artículo 114 de la Ley núm. 1395 de 2010, disposición en la que se consagra que deberán tomarse en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa se hayan producido en casos análogos. En otros términos, mediante una norma legal se estableció el carácter obligatorio de la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales.

Posteriormente, el conferencista se refirió a la novedad legislativa que se consagra en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de 2011, en el cual se establece un “recurso extraordinario de unificación”, con la finalidad de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia. Por demás, destacó que con la puesta en vigencia de dicho mecanismo la jurisprudencia del Consejo de Estado vuelve a tener la configuración que tenía antes de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional y que, en consecuencia, esta última dejó de ser la única fuente válida de precedente para las autoridades.

Finalmente, se refirió a la advertencia hecha por la Corte Constitucional, relativa a que los jueces que se aparten de sus precedentes podrían incurrir en prevaricación. Para el conferencista, esta advertencia podía llevar a algunos jueces a seguir los precedentes, aunque no compartieran los mismos, por temor a sanciones disciplinarias y penales.

Conferencia IX – Las sentencias interpretativas y concepción kelseniana del Tribunal Constitucional

Esta conferencia estuvo a cargo de Eduardo Jorge Prats, profesor y abogado en ejercicio, quien inició su conferencia afirmando que el Tribunal Constitucional dominicano es un órgano jurisdiccional que no responde a la perspectiva tradicional del modelo kelseniano, pues rompe con la idea del legislador negativo. Según el conferencista, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales otorga a ese órgano el poder de dictar sentencias no solamente que acojan o rechacen la acción de constitucionalidad sino también las denominadas sentencias interpretativas.

En cuanto al origen de las sentencias interpretativas, el conferencista se remonta al ordenamiento constitucional italiano, pues en ese país el juez cuenta con un variado abanico de decisiones, desarrollando de esta forma la base fundamental para la aplicación de este tipo de decisiones. En este orden, indicó que el Tribunal Constitucional puede dictar: tanto



las sentencias interpretativas *stricto sensu* como las *lato sensu*. Las primeras restringen el contenido de la norma; mientras que las segundas lo enriquecen mediante la extensión o manipulación de su alcance.

Para el conferencista, el Tribunal Constitucional dominicano ha desarrollado “una tarea de vigilancia y protección” respecto del mandato constitucional que lo habilita a dictar sentencias interpretativas. En este orden, puso como ejemplo de sentencias interpretativas *stricto sensu* la TC-0010-12, de fecha 2 de mayo, y la TC-0043-13, de fecha 3 de abril; mientras que, en relación a las interpretativas *lato sensu*, mencionó la TC-0339-14, de fecha 22 de diciembre, y la TC-0170-16, de fecha 12 de mayo.

Finalmente, y en relación a las sentencias exhortativas, el conferencista arguye que este tipo de sentencias es la mejor evidencia de que el Tribunal Constitucional no solo dialoga con las partes que intervienen en un proceso sino que, además, se dirige al Poder Legislativo, lo cual rompe con el modelo kelseniano de legislador negativo. Destacó que, aunque se ha autoproclamado garante de la Constitución, siguiendo la escuela kelseniana, se aparta de dicho modelo. Esto lo justificó sobre la base de que este tribunal ha optado por declarar inadmisibles por falta de objeto las acciones de inconstitucionalidad incoadas contra leyes derogadas, a pesar de que Kelsen propugnó por el conocimiento de la acción, aunque la norma cuestionada hubiere sido derogada.

Conferencia X – La modulación de los efectos de la sentencia

Esta conferencia estuvo a cargo de Boris Barrios González, profesor panameño, quien señaló que la idea de *poder constituyente*, creada originalmente, por Emmanuel Sieyès, sirvió de fundamento ideológico del constitucionalismo francés de los revolucionarios de 1789. Esto implicó la fijación de los roles del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, y, a su vez, el fundamento del Estado Liberal de Derecho. Sin embargo, aclaró que considerar al *poder constituyente* como *absoluto* es ignorar la globalización, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los límites fácticos, jurídicos y axiológicos del mismo en la contemporaneidad.

El referido panelista explicó que el control concentrado y abstracto de constitucionalidad planteó, desde el inicio, el dilema de su adaptación



a las realidades. Esto se debe a que, bajo el modelo del Estado Liberal de Derecho, la sentencia de inconstitucionalidad se concibió para dictarse en dos sentidos: constitucionalidad o inconstitucionalidad. En todo caso, dicha realidad ha cambiado, pues a partir del surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, tras la segunda Guerra Mundial, se denota un cambio estructural. Este ha generado, principalmente, el fortalecimiento del carácter jurisdiccional otorgado a los tribunales y cortes constitucionales.

Indicó que, según la concepción kelseniana, la sentencia sobre control de constitucionalidad tenía, como regla general, efectos hacia el futuro y, excepcionalmente, efectos retroactivos.

En otro orden, advirtió que, para entender el tema de las modulaciones de las sentencias, es necesario distinguir el concepto de norma del concepto de disposición, ya que el control recae sobre el último, entendido este como el significado que se extrae del primero.

Finalmente, sostuvo que la modulación de los efectos de la sentencia constitucional es la actividad realizada por el juez constitucional, con la finalidad de adecuar la Constitución a la realidad de la vida jurídica que se pretende resolver. Esto se hace en el entendido de que, en ocasiones, el órgano de control se encuentra con situaciones en la que una simple declaración de inconstitucionalidad daría lugar a resultados contrarios a los fines perseguidos por la justicia constitucional.

Conferencia XI – La relación del Tribunal Constitucional con los demás poderes del Estado

Esta conferencia estuvo a cargo de Krystian Complak, profesor polaco, quien centró su atención en la Corte Constitucional Federal de Alemania, las jurisdicciones constitucionales de Europa del Este, así como los tribunales de los países asiáticos y de Sudáfrica.

En relación a la Corte Constitucional Federal de Alemania, el conferencista advirtió que esta no es tan *poderosa* como suele afirmarse. Para sustentar su tesis, tomó en consideración su configuración institucional, el ámbito de sus competencias y su relación con los demás poderes del Estado. En este orden, destacó que la misma se ubica dentro del poder Judicial, lo cual tiene como consecuencia que no solo está sometida al



“orden constitucional” sino también al derecho. Por otra parte, precisó que esta jurisdicción no tiene garantizada su autonomía presupuestaria; así como que su mayor dependencia deriva de sus relaciones con el Parlamento, poder estatal que tiene la potestad de elegir a todos los magistrados que lo integran.

Por el contrario, sostuvo que el Tribunal Constitucional ruso parece tener más poderes que el alemán, pues tienen el derecho de interpretar el texto de la Ley de Leyes fuera de litigio y a petición de los órganos competentes para ello. Indicó que, aunque este Tribunal no dispone de ningún radio de acción respecto de los partidos políticos, sí participa en lo que atañe al juicio político en contra del presidente de la República, en el sentido de que tiene la facultad de elaborar un dictamen sobre la observancia de las garantías del debido proceso. Destacó, igualmente, que los magistrados del Tribunal Constitucional ruso son inamovibles, de manera que permanecen en sus cargos hasta que cumplan la edad de 70 años o se pruebe la comisión de un delito. Por otra parte, el conferencista destacó que la Carta Magna rusa consagra la independencia financiera de la corte, pero solo de manera tangencial, ya que se refiere a todos los órganos del poder Judicial.

Respecto del Tribunal Constitucional polaco, el conferencista estableció que en dicho país existen principios constitucionales contradictorios. Esto se debe a que la Carta Magna establece expresamente que el poder Judicial es *distinto* e independiente de otros poderes, pero a la vez señala que estos deben mantener entre sí el equilibrio y la cooperación. El referido jurista entiende que conviene matizar estas previsiones constitucionales. En igual sentido, sostuvo que, a pesar de su formulación normativa “un poco borrosa”, los magistrados constitucionales gozan de las condiciones de trabajo y remuneración acorde con la dignidad de su cargo y el alcance de sus deberes.

En cuanto al Tribunal Constitucional de Hungría, destacó su semejanza, en cierta medida, con el Tribunal Constitucional dominicano, en el sentido de que la Constitución húngara lo separa del Poder Judicial. Indicó que su rasgo más particular radica en el amplio control que ejerce este Tribunal sobre la actividad legislativa, pudiendo verificar los proyectos de leyes antes de su votación final. De igual modo, afirmó que resulta peculiar el hecho de que existe un procedimiento especial para el examen constitucional de las leyes financieras. En otro orden, hizo referencia a



la decisiva influencia que tiene el Parlamento húngaro en la composición del Tribunal Constitucional.

Al abordar lo relativo a la composición, competencias y modos de acción de los Tribunales Constitucionales de países que no pertenecen al ámbito europeo, el conferencista destacó que, en Tailandia, Taiwán y hasta cierto punto en África del Sur, se advierte una tendencia a aceptar como jueces a profesionales de áreas distintas a la del derecho. En lo que respecta a las atribuciones de estas jurisdicciones, puso de relieve que el Tribunal Constitucional tailandés no controla las decisiones y actos del poder Ejecutivo.

En cuanto al Tribunal Constitucional de Indonesia, resaltó que el mismo está compuesto por nueve magistrados cuya nominación procede de la Suprema Corte de Justicia, la Asamblea de representantes populares y del presidente de la República. Llamó la atención respecto de la facultad que tiene este órgano de enjuiciar, en primera y segunda instancia, como si se tratara de un órgano del Poder Judicial.

Al referirse al Consejo de Grandes Jueces en Taiwán, precisó que este tribunal está compuesto por 15 magistrados elegidos por el poder Legislativo de los candidatos propuestos por el Primer Mandatario. En torno a sus atribuciones, indicó que tiene competencia, principalmente, para interpretar la Carta Magna y para unificar las interpretaciones de las leyes. Sin embargo, el conferencista estableció que tanto en su jurisprudencia como en los métodos de interpretación constitucional este tribunal ha mostrado una reticencia y, en cierto modo, subordinación respecto de los demás poderes.

En relación a la Corte Constitucional de la República de Corea, el conferencista destacó que el rasgo más distintivo de este tribunal son sus competencias y el modo de ejecutarlas. Sin embargo, llamó la atención acerca de que este órgano no posee la facultad para apreciar de modo abstracto la constitucionalidad de las normas jurídicas a instancia de los diferentes órganos públicos. El conferencista entiende que esta exclusión es oportuna porque considera que este tribunal está, preferente y principalmente, a la disposición de los ciudadanos y no de los distintos órganos públicos.

Finalmente, hizo alusión a la Corte Constitucional Suprema de Egipto, la que considera independiente y autónoma. Mientras que respecto de la competencia señaló que las principales son las siguientes: resolver sobre



la constitucionalidad de las leyes y actos jurídicos del Poder Ejecutivo, la interpretación de las leyes y la resolución de controversias ligadas con la actividad de sus miembros.

DISCURSO DE CLAUSURA

Dr. Milton Ray Guevara,
presidente del Tribunal Constitucional
de República Dominicana

Ahora hemos llegado felizmente al cierre de este magno evento titulado “Tercer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional: Carácter Vinculante del Precedente Constitucional. Me llena de júbilo y alegría haber contado con panelistas de gran prestigio académico. Pudimos contar con el Dr. Domingo García Belaunde, abogado y profesor experto en derecho constitucional en Perú; el Dr. Diego López Garrido, catedrático experto en derecho constitucional y ex Secretario de Estado para la Unión Europea de España; el Dr. Hernán Alejandro Olano, experto constitucionalista colombiano; entre otros. Del lado dominicano, contamos con las ponencias de los jueces del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, específicamente los magistrados y magistradas Hermógenes Acosta, Leyda Piña Medrano y Rafael Díaz Filpo. Asimismo, participaron distintos jueces del Poder Judicial, como lo son la Mag. Miguelina Ureña Núñez, el Mag. Hernán Antonio de León Batista y el Mag. Bernabel Moricete y, finalmente, algunos abogados privados como el Lic. Nassef Perdomo y el Lic. Alberto Fiallo-Billini.

Quiero externarles mis más sinceros agradecimientos a todos estos expositores y principalmente a ustedes los participantes. Cada uno de ustedes enaltece el nombre del Tribunal Constitucional y de la propia República Dominicana. Con la celebración de este congreso pretendemos seguir promoviendo el estudio del derecho constitucional en nuestra nación. Deseamos que cada dominicano conozca con profundidad el alcance de sus derechos fundamentales sin menoscabo de sus derechos cívicos. Como siempre enfatizo en mis ponencias, el objetivo es que ¡vivamos en Constitución! Que Dios los bendiga a todos.

Esta edición del *Tercer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional* del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, consta de trescientos (300) ejemplares, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2022 en los talleres gráficos de Comprisa, Santo Domingo, República Dominicana.
